

THÈSE DE
PARIS.
1883
N^o. 102.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU FURTUM

EN DROIT ROMAIN

DE LA RÉCIDIVE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

RÉMY PASCAUD

Avocat à la Cour d'Appel

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le jeudi 7 juin 1883, à 1 h. et demie

SANCERRE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE E. PIGELET

1883

Th
N
0

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Imp. E. Pigelet, à Sancerre (Cher)

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU FURTUM

EN DROIT ROMAIN

DE LA RÉCIDIVE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

RÉMY PASCAUD

Avocat à la Cour d'Appel

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le jeudi 7 juin 1883, à 1 h. et demie

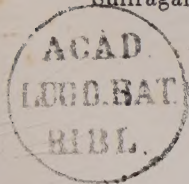
PRÉSIDENT : M. CAUWÈS, professeur.

Suffragants :

MM. LÉVEILLÉ.
LYON-CAEN.
RIPERT.
BEAUREGARD.

} Professeurs.

} Agrégés.



SANCERRE

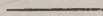
TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE E. PIGELET

1883

A MON PÈRE



A MA MÈRE



DU FURTUM

DU FURTUM

INTRODUCTION

Le vol a toujours été réprimé par les législations civilisées, et nous trouverions difficilement une exception même dans les sociétés primitives (1). On a, il est vrai, sur la foi d'Aulu-Gelle, cité la législation des Egyptiens comme dérogeant à cette règle générale : « id etiam memini legere me in libro Aristonis jureconsulti, haudquaquam indocti viri, apud veteres OEgyptios, quod genus hominum constat et in artibus reperiendi solertes extitisse et in cognitione rerum indaganda sagaces, furta omnia fuisse licita et impœnita (2). » Mais si formelle que soit l'affirmation, nous ne laissons pas que d'y ajouter une créance modérée. M. de Pastoret, dans son histoire de la législation, a soutenu que cette affirmation était inexacte et il s'appuie

(1) Traité du vol. A. Desjardins. Introd. page 2.

(2) Nuits Attiques. XI, 48.

sur Diodore de Sicile qui nous apprend que les Egyptiens punissaient avec une grande rigueur certaines infractions assez analogues au vol.

Nous ne trouvons pas non plus d'exception à Sparte, où les lois de Lycurgue punissaient celui qui se laissait prendre en volant. C'est encore Aulu-Gelle qui nous fournit ce renseignement, mais il est impossible de le croire plus que l'autre.

Pendant longtemps on réfutait cette assertion en soutenant que la propriété n'existait pas à Sparte. Mais dans un Mémoire sur la propriété à Sparte, M. Fustel de Coulanges démontre que les auteurs de l'antiquité les plus autorisés, Hérodote, Thucydide et Aristote ne disent nulle part que le sol appartint à l'Etat. Il est donc inexact de conclure que le domaine public était très étendu et qu'il servait à subvenir à la nourriture des citoyens. Plutarque, sur lequel on s'appuyait pour soutenir la thèse contraire, nous dit que Lycurgue fit un nouveau partage du sol, et que, pour faire ce partage, il obtint de ses concitoyens qu'ils misent les terres en commun. Mais il ajoute que cette communauté ne dura que juste le temps nécessaire pour faire une nouvelle répartition.

La réponse à l'assertion d'Aulu-Gelle est que le législateur lacédémonien avait voulu encourager les jeunes gens à dérober sans se faire prendre, afin de développer leur adresse et les habituer à la ruse (1).

(1) Fustel de Coulanges. Etude sur la propriété à Sparte.

Montesquieu prétend que la théorie des lois romaines sur le vol tire son origine des institutions lacédémoniennes (1). « Lycurgue, dans la vue de donner à ses concitoyens de l'adresse, de la ruse et de l'activité; voulut qu'on exercât les enfants au larcin, et qu'on fouettât rudement ceux qui s'y laisseraient surprendre : cela établit chez les Grecs et ensuite chez les Romains une grande différence entre le vol manifeste et le vol non manifeste » (2).

Ceci nous servira de transition pour arriver à l'étude du vol dans la législation romaine (3).

Nous sommes mal fixés sur ce qu'était à l'origine le *furtum manifestum* ; il est vraisemblable qu'il n'y avait vol manifeste qu'autant que le voleur était pris sur le fait ; en effet, les rigueurs dont la loi punissait le coupable devaient être interprétées de la façon la plus étroite. Plus tard nous lisons dans Gaius (III. 184), « Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit ; velut si in oliveta olivarum, in vineta uvarum furtum factum est, quandiu in eo oliveto aut vineto fur sit, aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in eà domo fur sit. Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum dixerunt, donec perferret eo quo perferre fur destinasset. Alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit ; quæ sententia non obtinuit. »

(1) C'est une opinion qui n'est pas reçue aujourd'hui.

(2) Esprit des Lois XXIX. 13.

(3) Traité du vol. A. Desjardins. Introduction.

Il résulte de ce passage qu'en outre du premier système que nous avons signalé trois autres s'étaient produits. Dans l'un, il suffit que le voleur soit surpris sur le théâtre du vol, avant ou après la consommation du délit, peu importe ! Pour qu'il y ait vol manifeste, le second exige que le voleur n'ait pas porté la chose à sa destination ; dans le dernier c'est assez qu'il soit encore nanti de la chose au moment de la découverte du vol.

Les deux premiers systèmes ont le grand avantage de ne laisser aucune place à l'arbitraire, aussi étaient-ils les seuls accrédités au temps de Gaius. Cependant le troisième adopté par Ulpien et Paul, fut consacré définitivement par Justinien. (Inst. § V. IV. 1). Mais on corrigea la définition trop vague dont on précisa la portée en décidant que par destination on entendrait l'endroit où le voleur se serait proposé de transporter la chose le jour même du vol. (Loi 3. § 2. Liv. XLVII. 2). Le quatrième système ne jouissait d'aucun crédit, le bon sens ayant fait rejeter l'idée subtile qui lui servait de base, que, le coupable restant en contact avec la chose était réputé prolonger l'exécution du vol. Quant au vol non manifeste, les textes se contentent de nous dire que c'est tout vol qui ne rentre pas dans les vols manifestes.

Au début, la distinction entre le vol manifeste et le vol non manifeste offrait un grand intérêt en raison des peines graves édictées contre le voleur manifeste par la loi des XII Tables. En effet, dans cette période il est toujours soumis à la peine de

la flagellation. C'est le seul châtiment infligé à l'impubère qui a commis un *furtum manifestum*. Mais si le coupable est pubère, le châtiment varie avec la condition du voleur. Esclave, on le précipite de la roche Tarpéienne; homme libre, une sentence du magistrat l'attribue à la personne lésée : quelle était la situation de celui-ci que les textes appellent *addictus*? Gaius (III. 183) nous apprend qu'il y avait controverse. Cette question est restée très obscure.

Quel était l'effet de l'*addictio*?

L'*addictus* devenait-il esclave? Était-il seulement assimilé à l'*adjudicatus*? suivant M. Giraud (1) la condition de l'*addictus* n'avait aucune analogie avec celles qui servent à classer les personnes; il subissait l'emprisonnement avec contrainte au travail.

La loi des XII Tables distinguait aussi, en cas de flagrant délit, entre le voleur de nuit et celui de jour, le premier qu'on peut toujours tuer impunément, et le second au cas seulement où il se défend avec une arme quelconque, telle qu'un javelot, un bâton ou une pierre.

Le voleur non manifeste était condamné à payer le double de la valeur de l'objet volé. S'il était esclave, la peine de la flagellation lui était réservée comme au cas de vol manifeste. Les XII Tables ne parlent pas de cette pénalité spéciale à l'es-

(1) Ch. Giraud. Des Nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains.

clave ; nous en trouvons la trace seulement dans les comédies de Plaute, écrites à une époque où le droit prétorien était déjà en vigueur. C'est donc par *a fortiori* que nous concluons à l'existence de ce châtement sous l'empire des XII Tables.

C'est à cette époque qu'on voit usitée la recherche bizarre faite *lance licioque* par un homme nu ayant seulement une ceinture et un plat à la main. Cette recherche, si elle réussissait, faisait considérer le détenteur comme voleur manifeste. (Gaius, §§ 189, 190 et suivants. III). Si la recherche a eu lieu sans l'intervention des formes dont nous venons de parler, mais en présence de témoins, le détenteur coupable est soumis à une action au triple, dite *furti concepti*. Et si ce détenteur est de bonne foi, il a, contre celui qui lui a remis la chose volée, un recours dit *furti oblati* également au triple.

Nous ne saurions poursuivre cette étude sans faire remarquer l'étrange distinction faite par les Romains entre le vol manifeste et le vol non manifeste, distinction reposant sur ce fait purement fortuit que le voleur a été pris en flagrant délit.

On comprend facilement une division des délits ayant comme point de départ soit l'importance du dommage causé, soit la gravité intrinsèque de l'infraction, mais la législation romaine nous paraît bizarre en même temps que peu rationnelle. Sans compter d'ailleurs qu'une grande inconséquence résultait du mode de châtement dont le coupable était puni, la peine étant toujours la

même au cas de vol manifeste, et variable suivant le préjudice causé en cas de vol non manifeste. Cependant on donne de ceci une explication que nous croyons utile d'indiquer. La loi des XII Tables qui semble si dure aurait adouci sur beaucoup de points le droit antérieur et la peine réservée au *furtum manifestum* par cette loi aurait été auparavant la peine de tout *furtum* (1).

Le droit classique adoucit la pénalité. C'est ainsi que le voleur de nuit ne put être désormais tué qu'autant qu'il résistait à main armée. Le voleur manifeste, au lieu des mesures trop sévères autorisées par les XII Tables, n'est plus soumis qu'à une action pécuniaire au quadruple. Le détenteur est toujours traité comme voleur manifeste, mais la peine est adoucie.

Par exemple, le détenteur qui n'a pas voulu représenter la chose et chez qui on l'a trouvée est puni par une action *furti non exhibiti* qui se donne au quadruple. Toute personne qui empêcherait la recherche solennelle de l'objet volé, serait soumis à une action dite *furti prohibiti* donnée au quadruple. L'« *addictio* » tomba en désuétude et fut remplacée par un *crimen privatum* entraînant des peines corporelles, et dont l'exercice empêchait celui de l'action « *furti* ». (L. 56, § 1 De furt.).

Le retour à un genre de répression imité des XII Tables fut rendu nécessaire par l'inefficacité des sanctions consistant en des peines pécuniaires.

(1) Walter, Histoire du Droit criminel chez les Romains.

En effet, l'action *furti* était-elle bien sérieuse à l'égard de gens insolvables? Aucun texte ne nous indique les moyens de contrainte qu'on pouvait employer contre le voleur insolvable. L'amende était-elle transformée en peine d'emprisonnement ou en travail forcé au profit de la personne lésée? Nous ne le savons pas. En tout cas le droit prétorien créa une action criminelle, et Ulpien nous dit (L. 92. De furt.) qu'on y recourait plus volontiers qu'à l'action *furti*. Le magistrat, en outre, de la restitution de l'objet, pouvait prononcer contre le voleur la peine des verges, celle des fers, celle du travail à temps, et même la peine capitale. Sur l'application de ces peines, aucune différence n'existait entre l'homme libre et l'esclave; cependant l'homme libre n'encourait pas l'infamie, tandis que l'esclave encourait certaines déchéances. Ainsi, est-il condamné aux fers à perpétuité? il ne peut être affranchi. La peine est-elle temporaire? Il ne peut, tant qu'elle dure, recueillir ni legs, ni hérédité. Pour recouvrer son aptitude à profiter de semblables dispositions, il faut que la peine soit expirée.

Nous avons tout-à-l'heure parlé de l'infamie; c'était une peine que le prêteur avait attachée au vol, soit qu'il y eût eu condamnation, soit que le voleur eût évité celle-ci en transigeant (L. 4, § 5. » De his qui notantur infamiâ ». III. 2). Aucune distinction d'ailleurs entre le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum*.

Nous arrivons ainsi au droit de Justinien. Les

mœurs ont déjà condamné la plus grande partie de cette procédure que nous venons de voir. L'action *furti concepti* qui parfois se donnait contre des tiers de bonne foi disparaît en raison de cette iniquité. Par suite, l'action *furti oblati* n'a plus raison d'être et disparaît elle-même. Aulu-Gelle (1) prétend que la perquisition *lance licioque* tomba avec le système des actions de la loi, ce qui fit mettre de côté les actions *furti prohibiti*. Justinien ne connaît que deux modes de répression civile, l'action *furti manifesti* et l'action *furti nec manifesti*, la première donnée au quadruple et la seconde au double. Cette dernière action est, du reste, donnée contre celui qui recèle sciemment l'objet volé et s'associe ainsi au vol. La personne lésée a encore la faculté d'exercer un *crimen privatum*. Nous verrons, dans la suite de ce travail, ce qu'il faut entendre par le simple, c'est-à-dire la somme que le juge doit multiplier par deux ou par quatre. Du reste, en dehors du *Furtum* tel qu'il résulte des développements que Justinien lui consacre au Digeste, Livre 47, titre 2, il est encore des vols spéciaux soumis à des règles particulières. (Voir au même livre les titres *de abigeis*, *de furi-bus balneariis*, *de effractoribus et expilatoribus*, et au livre 48, le titre *de lege Fabiâ de Plagiariis*). Ces vols sont punis plus sévèrement que le vol ordinaire, car ils troublent davantage l'ordre public; tous sont sanctionnés par un *crimen publi-*

(1) Nuits attiques. XVI. 10.

cum. Nous n'aurons rien à dire de ces actions criminelles ni des délits qu'elles accompagnent ; nous parlerons seulement du *Furtum* tel qu'il est organisé au Livre 47, titre 2.

Nous devons aussi parler d'une division connue à Rome pour les délits ; celle-ci reproduite dans l'ancien droit a disparu de notre Code pénal. C'est la division des délits en délits privés et délits publics.

Dans les délits privés la somme d'argent qui forme l'objet de l'action pénale est donnée à la partie lésée ; dans les délits publics, la peine est souvent corporelle et parfois peut entraîner la mort. Si la peine est pécuniaire, ce n'est pas la victime du délit qui en profite. Les délits privés constituent la règle générale, c'est-à-dire que toutes les fois qu'un délit a été commis, la poursuite en est abandonnée à la partie lésée, à moins que l'infraction n'ait été classée par les lois parmi les infractions soumises à des *publica judicia*. C'est ce qu'exprime le paragraphe premier de la loi première, au titre *de publicis judiciis* : « non omnia judicia in quibus crimen vertitur, publica sunt ; sed ea tantum quæ ex legibus judiciorum publicorum veniunt. » Cette division n'existe plus dans notre droit. Tous les délits sont des délits publics, en ce sens que les peines établies par la loi ne sont pas établies dans l'intérêt de la victime, mais dans un intérêt de justice et au profit de la société. Et ce n'est pas à la partie lésée, mais au ministère public qu'il appartient de mettre en

mouvement l'action pénale. Telle est la règle qui domine notre droit pénal. Peut-être y pourrait-on trouver une exception dans l'adultère où la poursuite est subordonnée à une plainte quidoit émaner du mari, celui-ci ayant même le droit, en cas de condamnation, d'en arrêter l'effet, s'il reprend sa femme (Art. 337. C. P.). Mais nous ne croyons pas qu'il faille voir dans l'adultère un délit privé au sens romain du mot. En effet, n'avons-nous pas vu que dans le délit privé la peine était prononcée dans l'intérêt de la partie lésée, que c'était elle-même qui était investie de l'action. Or, dans notre espèce, la plénitude de l'action publique appartient, non pas au mari outragé, mais au ministère public qui l'exerce librement en faisant toutes les réquisitions qu'il juge utiles. Des limites sont apportées à son pouvoir ordinaire, mais dans l'intérêt du mariage.

CHAPITRE I^{er}.

DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU FURTUM

Paul donne du *furtum* une double définition :

« Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat. »
(Sentences 11, 31) ;

« Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratiâ, vel ipsius rei, vel etiam usûs ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est. »
(L. 1, § 3, hoc. tit.).

La première définition est incomplète, mais il est utile de la signaler, car elle renferme comme la seconde le mot essentiel qui caractérise le vol, *contrectare*. Les Institutes qui reproduisent la seconde définition de Paul suppriment les mots *lucri faciendi gratiâ*.

Paul nous dit que *furtum* vient de *furvum* qui signifie noir, parce que le vol s'opère clandestinement et dans l'obscurité, presque toujours la nuit ; ou de *fraus*, au dire de Sabinus ; ou de *ferre* signifiant comporter, ou enfin du mot grec $\varphi\omega\rho$ de $\varphi\epsilon\rho\epsilon\iota\nu$, c'est-à-dire de *ferre* (L. 1, Pr. de furt.).

Nous ne voulons pas nous attarder sur l'origine de ce mot, le choix nous semblant difficile entre les trois étymologies que donne le jurisconsulte.

" Nous allons expliquer la définition du *furtum* donnée par les Institutes, en commentant chaque mot l'un après l'autre.

§ I.

Il importe surtout de bien comprendre le mot typique, *contrectatio*. Commençons par dire qu'il ne répond pas du tout au mot *soustraction* qu'emploie l'article 379 du Code pénal ; il a une signification bien plus étendue. Nous le démontrerons tout-à-l'heure avec les textes. Comment le traduire ? La difficulté est grande. Doneau dit : « *contrectare id est rem tractare manibus* ». D'autres auteurs le traduisent par le mot : *maniement*. Il n'y a que les textes qui puissent nous donner la solution de cette énigme.

L'intention de voler ne suffit pas à elle seule pour constituer un *furtum* (L. 1, § 1. De furt.). C'est ainsi qu'un dépositaire qui soutient n'avoir pas reçu de dépôt, n'est pas coupable de vol par le seul fait de cette dénégation ; il faut qu'il cache l'objet pour se l'approprier. C'est ce que dit Paul dans la loi 1, § 2 (De furt.). Et c'est ce qui, dans ce cas, constitue la *contrectatio*.

Quant à celle-ci, sa nécessité est affirmée par un

grand nombre de lois (L. 52, § 17. De furt.). On ne peut pas commettre un vol par la parole ou l'écriture; il faut nécessairement qu'il y ait *contrectatio* (Même loi, § 19). De même, qu'un esclave détourne un objet dépendant de son pécule, il n'y a *furtum* qu'autant qu'il remet cet objet à une autre personne (L. 56, § 3). Dans ce dernier cas la *contrectatio* consiste dans une soustraction; mais il ne faut pas, nous le répétons, confondre les deux mots. L'expression romaine a plus d'étendue que le mot soustraction. C'est ainsi que des textes qualifient *furtum* des hypothèses où le droit français verrait des abus de confiance. En effet, qu'est-ce qui constitue l'abus de confiance? Nous répondons avec l'article 408 du Code pénal. Le fait de détourner ou dissiper au préjudice des propriétaires ou détenteurs des objets qui ont été remis à titre précaire, en vue d'un emploi déterminé. Or, l'espèce prévue par la loi 52, § 7, ne rentre-t-elle pas dans celles que notre Code embrasse sous le nom générique d'abus de confiance? N'en est-il pas de même du cas signalé dans le paragraphe 16 de la même loi? Et encore (Loi 73), nous voyons qu'un créancier qui a reçu un gage et l'a vendu, malgré la convention contraire, ou avant le jour de l'échéance de la dette, a commis un vol. C'est à peu de chose près la même hypothèse que celle du § 7 de la loi 52. Eh bien! le même cas chez nous serait qualifié d'abus de confiance. Car le créancier a bien opéré un détournement de l'objet dont il est nanti. Le mot *contrectatio* a donc une portée beau-

coup plus grande que notre mot soustraction. C'est ainsi encore que les textes qualifient *furtum* les délits qui, chez nous, constituent l'escroquerie. En droit français, deux faits principaux sont nécessaires pour constituer le délit, les moyens frauduleux employés pour la délivrance des valeurs et cette délivrance elle-même. Ces deux éléments, nous les rencontrons également en droit romain dans des hypothèses désignées sous le nom de *furtum*. Ainsi la Loi 44, à son *principium*, parle d'une personne qui s'intitule procureur d'une autre personne et qui, en cette qualité, reçoit de l'argent du débiteur de celle-ci : la loi décide qu'il y a *furtum*. Chez nous ce délit serait appelé escroquerie car, pour se procurer l'argent du débiteur, il a été nécessaire de revêtir une fausse qualité qui constitue bien ce que l'article 405 (Code pénal) appelle manœuvres frauduleuses. Ainsi en est-il de l'espèce prévue dans la Loi 52, § 11. Une personne charge un tisserand de remettre du fil à tel autre qui viendrait en son nom ; un passant a entendu et se présente pour avoir le fil. Labéon dit que ce fait constitue un vol. Pour nous l'usurpation d'une qualité destinée à donner une confiance fallacieuse tombe sous la définition de l'article 405 et constitue une escroquerie.

Nous pouvons analyser plusieurs lois pour démontrer encore l'ampleur du mot *contrectatio*. Par exemple, le paragraphe 12 de la loi 52 nous montre une personne faisant sortir de prison un esclave fugitif qu'elle réclame comme lui apparte-

nant. Il y a là un *furtum*; suivant les principes que nous avons établis et qui découlent du texte de l'article 405, il y aurait escroquerie. Voyons plus loin le § 21 de la même loi. Je devais prêter de l'argent à Titius dont la situation de fortune m'inspirait confiance, vous me présentez à sa place un autre homme peu solvable, et vous partagez avec lui l'argent que vous m'avez soutiré. C'est là un *furtum* d'après la loi romaine, et vous êtes tenu comme complice pour avoir fourni *opem et consilium*. Le dol que vous avez commis pour obtenir du prêteur la somme d'argent, en substituant à Titius une de vos créatures, vous soumettrait, en France, à l'action d'escroquerie. Nous trouvons encore à la loi 80, § 6, un cas de *furtum* qui réalise une escroquerie d'après le droit français. Il s'agit d'une personne qui exige d'un débiteur le paiement d'une somme due à Sempronius, le créancier dont elle se prétend héritier.

Il ne faut pas cependant conclure de là que dans tous les cas où il y aurait en France vol, escroquerie ou abus de confiance, il y aurait eu *furtum* en droit romain. Ainsi nous lisons au *principium* de la loi 20, qu'un débiteur qui remet en gage à son créancier du cuivre, affirmant que c'est de l'or, ne commet pas de *furtum*. Pourquoi? C'est qu'il n'y a pas *contrectatio*. En France, évidemment, nous voyons là une véritable escroquerie.

Nous pouvons observer que dans les textes que nous avons analysés, où se rencontrent les qualités constitutives de l'abus de confiance et de l'es-

croquerie, il n'y a *furtum* qu'autant qu'il y a eu exécution, ce qui pourrait justifier l'idée de manie-
ment qu'on veut trouver dans la *contractatio*. Mais d'un autre côté la loi 48, § 1, dit que celui qui donne abri à un voleur est soumis à l'action *furti*. Plus loin (Loi 52, § 23), nous voyons que si quel-
qu'un prête à un autre de faux poids, une vente ayant lieu avec ces poids, le prêteur est coupable de vol. Et encore au paragraphe suivant une per-
sonne débitrice par suite d'une vente, persuadée à l'esclave de son créancier d'enlever le titre qui constate sa dette, le jurisconsulte Méla décide que l'action *furti* doit être donnée contre ce débiteur. Dans tous ces cas, où voit-on la *contractatio* signi-
fiant manie-ment? Cette signification se trouve-t-elle davantage dans la loi 26, § 3, où celui qui a détruit un titre par écrit est passible de l'action *furti*, en outre de l'action de la loi Aquilie? Ces textes démontrent bien que l'expression manie-
ment n'est pas l'exacte traduction de *contractatio*. Cette idée de manie-ment est aussi très étrangère au *furtum usus*, non moins qu'à la complicité dont nous parlerons plus tard. En somme, la *contractatio* n'est pas toujours un manie-ment, ceci résulte des textes que nous venons d'examiner.

Pouvons-nous trouver un mot qui traduise plus fidèlement l'expression latine?

Nous ne le pensons pas.

§ II

Le fait ne suffit pas sans l'intention pour qu'il y ait *furtum* ; il faut que la *contrectatio* soit *fraudulosa*.

Paul (Sent. XXXI, § 1) nous dit que la *contrectatio* doit avoir lieu *dolo malo*. C'est-à-dire le voleur doit avoir l'*animus furandi*, l'intention de voler, et la personne à laquelle appartient l'objet ne doit pas avoir donné de consentement.

Nous allons avec les textes développer ces deux propositions.

Le voleur doit avoir cru agir contre la volonté du propriétaire. Si donc quelqu'un prend une chose avec la pensée que le maître ne s'y opposerait pas, se fut-il trompé, on décide qu'il n'y a pas vol. (L. 46, § 7). Quand une personne a reçu une chose en commodat et qu'elle a fait de cette chose un usage autre que celui qui avait été convenu, si cependant elle n'a pas cru agir *invito domino*, il n'y a pas vol. Ainsi le décide la loi 76 *in principio*. Cette solution est répétée dans un grand nombre d'autres textes (L. 43, §§ 7, 8, 9, 10).

Il est intéressant d'étudier l'hypothèse, prévue par la loi 51. Pr. à cause des principes qui s'en dégagent. Une personne a brisé la porte d'une maison, d'autres personnes pénètrent et soustraient des objets. Cette personne n'est pas coupable

de vol, car il faut distinguer le préjudice causé et l'intention qu'elle a eue en brisant la porte. Or, elle n'a pas agi comme disent les textes, *animo lucrandi*, mais elle a été guidée par un motif de vengeance ou simplement par l'intention de nuire.

Toute autre serait la solution si l'on n'avait brisé la porte que pour faciliter l'entrée des voleurs ; on serait alors regardé comme complice (*ope*) et soumis à l'action *furti*. Si encore en vous emparant de la chose d'autrui vous êtes de bonne foi, que vous la pensiez abandonnée, il n'y a pas vol car vous n'avez pas cru agir contre la volonté d'un maître dont vous ignoriez l'existence.

Cette question d'intention se présente encore pleine d'intérêt dans l'hypothèse suivante. Un objet a été jeté par son propriétaire, vous le ramassez pour vous l'approprier, êtes-vous coupable de vol ? Si vous le supposez abandonné, vous n'êtes pas coupable, car la *contrectatio* n'est pas frauduleuse ; sinon un doute s'élève dans l'esprit du jurisconsulte.

Toutefois il préfère la négative, car vous n'avez pas dérobé la chose à celui qui l'a jetée de son plein gré (L. 43, § 10).

Nous trouvons également mentionnée aux Institutes cette nécessité de l'intention frauduleuse. Par exemple (§ 4. *De Usuc.*), nous lisons qu'un usufruitier se croyant propriétaire du part de l'esclave le vend à une personne. Il ne commet pas de vol. Il arrive cependant qu'il y a vol relativement à des

chosessur lesquelles l'intention n'a pas directement porté. Ainsi le voleur d'une somme contenue dans un sac est également coupable de vol, quant au sac, s'il le dérobe. (L. 77). Et cette loi n'offre pas de contradiction avec la loi 22, § 1 où quelqu'un ayant brisé une cassette pour enlever des bijoux, n'est pas soumis à l'action *furti* pour cette cassette, celle-ci en effet n'a pas été volée. C'est ainsi encore que plusieurs lois que nous retrouverons en étudiant, « le montant de l'action *furti* », décident que le vol d'une partie peut faire considérer comme voleur de la totalité (L. 21, § 5).

Nous avons ainsi établi qu'en général et sauf de rares exceptions, l'intention est nécessaire pour qu'il y ait *furtum*; mais il faut faire observer que cette intention ne se présume pas. Etes-vous créancier d'une personne et emportez-vous un meuble à elle, qui vous est donné en gage? Vous n'êtes pas considéré comme voleur, *non videtur contractare sed pignori suo incumbere*, dit le texte (L. 55, *De furt.*). C'est donc au débiteur qu'incombe l'obligation de prouver que vous avez dérobé sa chose.

Passons à la seconde proposition, il faut que le délinquant ait réellement agi contre la volonté du maître. Le principe est posé par Ulpien dans la loi 48, § 2. « On ne peut, dit le jurisconsulte, appeler voleur celui qui a pour lui le consentement du propriétaire ».

En effet, *volenti non fit injuria*, celui qui consent ne subit pas de préjudice. Et lors même que

l'on croirait agir contre le consentement du maître, si celui-ci ne s'y opposait pas, il n'existerait pas de *furtum*. Les avis des jurisconsultes romains étaient partagés sur ce point. Pomponius soutenait que dans ce cas il y avait vol, mais son avis ne prévalut pas. « L'ignorance où l'on est du consentement du propriétaire ne constitue pas un vol. » (L. 4. 46. § 8 et 91.) A plus forte raison quand il n'y a pas de propriétaire, la chose étant par exemple abandonnée, il n'y a pas vol. Ainsi je m'empare d'une chose que son propriétaire a abandonnée, je l'ignore et je crois commettre un vol. Même dans ce cas le vol n'existe pas car on ne peut voler qu'une chose qui appartient à quelqu'un et, dans notre espèce, l'objet abandonné est *res nullius* (L. 43, § 5).

A propos des choses abandonnées une difficulté naît de la comparaison de la loi 43, § 11 avec plusieurs autres textes. Dans celle-ci Ulpien parle d'un objet jeté d'un navire et que quelqu'un emporte. Doit-on tenir cet objet *pro derelicto* ? Ulpien distingue si il a été jeté à la mer dans une idée d'abandon, ou seulement pour alléger le navire, avec le désir bien arrêté de le reprendre si plus tard on le retrouve. Dans la première hypothèse et c'est, dit Ulpien, celle qui se présente le plus souvent, il n'y a pas vol, l'appropriation est légitime. Dans la seconde hypothèse c'est le contraire. Gaius est d'un avis tout opposé : ces choses, dit-il, ne sont pas jetées à la mer pour devenir la propriété de la première personne qui

s'en empare ; elles restent la propriété de celui qui s'en défait dans la seule intention de débarrasser le navire battu par la tempête (L. 9, § 8, 41. 1). Tellé est encore l'opinion de Paul. Ces choses ne sont pas des *res derelictæ* (L. 2 § 8, XIV, 2). Dans la loi 8 du même titre, Julien soutient le même système, ajoutant que celui qui jette un objet à la mer s'empresserait d'aller le rechercher, s'il soupçonnait l'endroit où il est tombé. Justinien reproduit aux Institutes la même solution. Que conclure de cette divergence entre les jurisconsultes ? Pothier a cherché à concilier les deux systèmes, prétendant qu'Ulpien vise les choses abandonnées en pleine mer et les autres auteurs les choses abandonnées près des côtes. Rien dans les textes ne nous semble justifier cette distinction. La divergence qui existait entre les jurisconsultes n'était d'ailleurs que peu importante, car elle ne portait pas sur la doctrine, mais sur la question de fait suivante, les objets jetés à la mer le sont-ils ou non dans une idée d'abandon ?

§ III.

« *Lucri faciendi gratiâ.* » Il faut que le but poursuivi soit le gain, sinon il peut y avoir un autre délit, mais il n'y a pas vol. Ainsi brise-t-on un objet, on est soumis à l'action de la loi *Aquilia* mais non à l'action *furti* car on n'a pas commis un *furtum* (L. 22, pr.) Ainsi encore enlève-t-on une courtisane pour la faire servir à son plaisir,

le mobile n'étant pas un mobile d'intérêt, la loi 39 décide que là non plus il n'existe pas de *furtum*. Cette solution ne nous semble pas contredite par la loi 82, § 2 qui vise une hypothèse différente. Cependant il ne faut pas restreindre le sens du mot gain à celui de bénéfice pécuniaire. Si, par exemple, d'une chose à vous prêtée vous faites l'objet d'un commodat avec une autre personne, bien que vous ne retiriez aucun profit de ce prêt, le commodat étant essentiellement gratuit, néanmoins vous commettez un vol (Loi 54 § 1). On peut dire aussi qu'en donnant un objet volé, on retire un bénéfice de cette donation, car de cette façon on lie envers soi une personne en qualité de donataire.

La nécessité d'une intention frauduleuse fait que les *furiosi*, les *dementes* et les *infantes* ne peuvent commettre de *furtum*, *quia nullum intellectum habent*. Mais si le voleur a cessé d'être *infans* et se trouve *pubertati proximus*; il peut être considéré comme susceptible d'avoir une intention frauduleuse *si jam doli capax sit*. D'ailleurs le magistrat semblait avoir un certain pouvoir discrétionnaire pour décider s'il est *doli capax* et le condamner à la peine de vol (L. 23, De furt.).

§ IV.

« Rei vel etiam usûs ejus possessionisve ». Le vol peut porter soit sur une chose corporelle, soit sur une chose incorporelle. Porte-t-il sur une chose

corporelle, les meubles seuls peuvent être l'objet du *furtum*. Justinien dans ses Institutes (De usuc, § 7), mentionne une controverse qui aurait existé jadis sur le point de savoir si les immeubles eux-mêmes ne pouvaient être volés. Cette controverse prouve à elle seule que le mot de *contrectatio* n'était pas synonyme de soustraction, autrement la discussion n'aurait même pas pris naissance. Aulu-Gelle se fait aussi l'écho de cette ancienne division entre les juriconsultes. Il nous apprend que Sabinus était partisan du vol appliqué aux immeubles et que dans la pratique, un fermier avait été poursuivi par l'action *furti* pour avoir vendu le fonds loué. Cependant l'opinion contraire avait prévalu et du temps d'Ulpien personne n'admettait le *furtum* des immeubles (L. 25, § 1).

La chose, pour être susceptible de vol, doit être *in commercio*. Les choses sacrées et les choses publiques, les personnes libres ne sont donc point l'objet de *furtum*. Cette règle supporte toutefois plusieurs exceptions, notamment une relative au débiteur incarcéré chez son créancier pour une condamnation non exécutée, une autre relative à celui qui a loué ses services comme gladiateur et que les textes appellent *Auctoratus* (T. IX, Chap. II, § 2, Coll. Leg. Mos.) et une troisième concernant le fils de famille (L. 14, § 13). Ulpien et Paul accordent au père une action *furti* si le fils a été volé ; aucun doute ne s'élève sur ce point. Si la chose volée doit être *in commercio*, il est inutile qu'elle soit *res aliena*. Cette dernière expres-

sion se rencontre dans les sentences de Paul, mais si elle est le plus souvent juste, il se présente des cas où elle est erronée.

Et d'abord on ne peut voler une *res nullius*: Si vous prenez sur un arbre de mon jardin des abeilles sauvages qui viennent de s'y poser, ces abeilles ne m'appartiennent pas, il est bien évident que vous ne commettez pas de *furtum* (1) (L. 26, Pr.). Il faut donc en principe que la chose ait un propriétaire, mais il n'est pas nécessaire que ce soit un particulier. Si donc une somme d'argent est dérobée qui appartienne à une ville, l'action *furti* n'en est pas moins donnée contre celui qui l'a prise. C'est parce qu'elles ne sont pas la propriété de quelqu'un que les *res hereditariæ* ne peuvent être volées. « Une action *furti* ne peut être acquise à une hérédité » nous dit Ulpien (L. 14, § 14). En ce cas la fiction *hereditas personam sustinet* est écartée pour permettre l'usucapion *pro herede*, cette bizarre institution du droit romain primitif qu'explique imparfaitement l'intérêt religieux qui lui servait de motif. Une autre considération est que l'hérédité ne pouvait être possédée parce que la possession exige essentiellement le *corpus*. Du reste Marc-Aurèle réprima cette occupation des *res hereditariæ* si contraire à la morale par le *crimen expilatoræ hereditatis*. Toutefois ce principe qui régit les *res hereditariæ* cesse de s'appliquer si les choses au moment du

(1) Voir *suprà* § II.

décès sont entre les mains d'un usufruitier, d'un commodataire, en un mot d'une personne intéressée à la conservation de la chose (L. L. 68 à 70).

Il faut en général que la *res* soit *aliena* mais il ne faut pas considérer ce principe comme absolu, contrairement à ce que semble dire la loi 26 § 1. Cette loi en effet montre un colon agissant par l'action *furti* pour des fruits qu'on a dérobés étant encore pendants, parce que ces fruits lui appartiennent. Un grand nombre de textes établissent que cette qualité de *res aliena* n'est pas absolument nécessaire. Ainsi, qu'un propriétaire donne une chose en gage et qu'il l'a dérobe, il est coupable de vol; qu'il la vende, il est encore coupable de vol et dans ces deux hypothèses, ce n'est pas une *res aliena* qui est soustraite mais la chose même du voleur (L. 19, §§ 5 et 6). La loi 20 § 1 nous montre également une personne qui vend un objet et le ravit ensuite, ou qui s'approprie l'usufruit qu'elle a concédé sur son bien; dans ces deux cas le texte soumet le voleur, bien que propriétaire, à l'action *furti* (L. L. 15 §§ 1 et 2 et 67 § 1). Ce ne sont pas d'ailleurs là des vols que le propriétaire fait de sa chose mais plutôt à l'occasion de sa chose.

Il est encore un genre de *furtum* dont nous n'avons pas parlé, c'est le *furtum* qu'on fait de sa propre personne. Un esclave s'enfuit de chez son maître, les textes disent qu'il a accompli le *furtum sui* (L. 60).

Les espèces que nous venons d'étudier où nous trouvons un propriétaire qui commet un vol

sur sa propre chose constituent le *furtum possessionis*. Indépendamment du cas où c'est la chose qu'il a donnée en gage à un créancier qu'il dérobe, on rencontre encore le *furtum possessionis* dans le cas où c'est un simple détenteur régulièrement nanti qui est dépouillé de la chose. Par exemple : un commodataire a fait des impenses utiles sur l'objet que vous lui avez prêté, il a sur cet objet, pour assurer le recouvrement de ses impenses, un droit de rétention. La chose est entre ses mains *pignoris loco*. Si donc vous la lui enlevez, vous êtes passible de l'action *furti*, et le détournement que vous opérez constitue un *furtum possessionis*. Les textes signalent encore un *furtum usûs*. C'est celui que commet un détenteur qui use de la chose d'autrui sans droit et sachant agir contre le gré du propriétaire. Ainsi vous m'avez emprunté mon cheval pour aller à votre campagne, à une distance peu éloignée de Rome, et vous l'emenez beaucoup plus loin, n'ignorant pas que je ne vous eusse pas autorisé à faire cette course fatigante, vous faites un *furtum usûs* (L. 40). De même un foulon auquel j'ai confié mon habit pour le nettoyer, en fait-il un usage que le contrat ne prévoit pas, il commet, lui aussi, un *furtum usûs* (L. 82 Pr.). Partout donc où l'on voit une personne qui détient régulièrement le bien d'autrui, en faire un usage que le propriétaire n'autorise pas, sachant bien du reste agir contre la volonté de celui-ci, le *furtum usûs* existe.

CHAPITRE II

DES CONSÉQUENCES DU FURTUM

Nous avons étudié les éléments constitutifs du *furtum* ; il nous faut voir maintenant les conséquences qu'il entraîne. Nous avons vu dans notre Introduction que ces conséquences avaient varié avec les législations. Dans l'étude que nous allons faire, nous nous plaçons à l'époque classique.

Elles sont de deux sortes ; pénales et civiles. En effet, le *furtum*, étant un délit, la personne qui en a été victime peut en poursuivre la réparation au moyen de l'action *furti*, action pénale donnée tantôt au double, tantôt au quadruple. De plus, pour recouvrer la chose volée ou obtenir sa valeur, le propriétaire est investi de plusieurs actions que nous verrons par la suite et qui n'ont rien de pénal. Nous commencerons par l'étude des conséquences pénales.

Section I

CONSÉQUENCES PÉNALES. — ACTION FURTI

L'action *furti* est une action pénale, c'est-à-dire une action qui tend à appauvrir le défendeur et à enrichir le demandeur. Elle prend sa source dans le vol qui a été commis, à raison duquel elle est donnée, aussi s'éteint-elle par la mort du délinquant et n'est-elle pas transmissible contre ses héritiers. Celui-là seul y est exposé qui a mérité la peine. Le premier caractère de l'action *furti* est donc l'intransmissibilité. Nous voyons encore que donnée contre un chef de famille (*pater familias*) pour les vols commis par les personnes placées en sa puissance, elle n'est donnée que *noxaliter*. Il est équitable, dit Africain, qu'on ne puisse supporter par le fait d'un esclave un dommage supérieur à sa valeur (L. 61, § V. De furt.) Enfin dans l'action *furti*, tous les délinquants sont tenus *in solidum*. La peine payée par l'un d'eux ne décharge pas les autres, il faut que tous les coupables soient punis, aussi chacun doit-il payer le double ou le quadruple de la valeur de la chose, ce qui parfois, quand les auteurs du *furtum* sont nombreux, enrichit singulièrement le propriétaire volé.

§ I.

A qui appartient l'action *furti*?

En principe au détenteur de bonne foi ayant un intérêt légitime à ce que le vol n'ait pas été commis.

Dans la grande majorité des cas, ce sera le propriétaire, mais de nombreux textes nous le montrent souvent exclu par un autre, ou en concours avec un tiers. Cette vérité est particulièrement affirmée dans les lois 10-16. (*De furtis*).

Pour rechercher quels détenteurs peuvent avoir l'action *furti*, nous passerons en revue les différentes hypothèses de détention possible, et nous constaterons la solution que donnent les textes sur chacun des cas.

Suivons dans cette énumération l'ordre des Institutes.

En premier lieu vient le possesseur de bonne foi (L. 12 § 1). Son intérêt est évident, car le vol l'empêche d'achever l'usucapion commencée. Ainsi, un possesseur de bonne foi ayant acheté un esclave volé, celui-ci est volé de nouveau par Attius, le possesseur de bonne foi a, tout comme le *verus dominus*, l'action *furti* (L. 74). Tous ceux qui se trouvent *in causâ usucapiendi* peuvent également exercer l'action *furti*.

En second lieu viennent l'usufruitier et l'usager, car leur droit réel leur donne intérêt. Ici encore l'intérêt du propriétaire subsiste, et il conserve le

droit d'agir de son côté. Vous avez sur un esclave qui vous appartient établi en faveur de Primus, un droit d'usufruit. On vole l'esclave. Qui pourra intenter l'action *furti*? Tous les deux, chacun dans la mesure de son intérêt. L'usufruitier Primus réclamera au double ou au quadruple la somme représentant l'intérêt qu'il avait à ce que le vol ne fût pas commis, et le propriétaire pourra poursuivre encore dans la mesure de l'intérêt qu'il avait à garder la propriété de l'esclave. La même décision est donnée par les textes à l'égard de l'usager. (L. 46 § 1, 2 et 3). Du reste, le propriétaire eût-il lui-même détourné la chose qu'il avait donnée en usufruit, serait tenu vis-à-vis de l'usufruitier et soumis à l'action *furti* (L. 15 § 1).

Nous passons ensuite aux détenteurs qui ont cette qualité en vertu d'un contrat intervenu entre eux et le propriétaire, et nous trouvons :

1° Le commodataire. Il est en effet responsable de sa faute et par suite intéressé à ce que le vol n'ait pas été commis, puisqu'il devra indemniser le propriétaire. Aussi, a-t-il l'action *furti*. Cette décision fut modifiée par Justinien. Désormais, le commodant eut le choix ou de poursuivre le voleur par l'action *furti* ou d'exercer l'action *commodati* contre le commodataire. Prend-il le premier parti, il renonce à l'action *commodati*; se résout-il au second, l'action *furti* compète au commodataire. Dans les deux cas, le choix est irrévocable (Inst. IV. 1. § 16). Il peut arriver que le propriétaire soit tenu à raison du vol qu'il commet sur sa propre chose,

au préjudice du commodataire, par exemple, si celui-ci a fait des impenses utiles sur la chose et s'il exerce sur-elle un droit de rétention. La chose reste entre les mains du commodataire *pignoris loco*, affectée au remboursement des impenses qu'il a faites (L. 15 § 2). Plus loin, la loi 59 répète la même hypothèse en donnant une solution identique.

L'action *furti* est accordée au commodataire sous une condition, c'est qu'il soit solvable et puisse indemniser le propriétaire. Ulpien en donne le motif au *præmium* de la loi 12, ; « Celui qui n'a rien n'est pas en danger de perdre ».

2° Le dépositaire. Il n'a pas l'action *furti*. C'est au propriétaire qu'elle compète. Car le dépositaire n'est pas soumis par le contrat à la *custodia* de la chose ni responsable du vol qu'un tiers a pu commettre, il ne répond que de son dol (L. 14 § 3). La même décision est applicable au précariste. Les textes, en effet, assimilent le précaire à une donation ; aucune action n'est donnée contre le précariste qui assure la restitution. Mais lorsque le magistrat a rendu l'interdit *de precario*, Ulpien décide que le précariste répondant désormais de sa faute peut exercer l'action *furti* (L. 14 § 11).

2° Le gage. Son intérêt découle de son droit réel et de sa responsabilité. Mais alors même que la convention l'eût déchargé du soin de veiller à la chose, l'action *furti* lui compéterait néanmoins à cause de l'intérêt qui résulte pour le gagiste de son droit réel. La solvabilité même du débiteur ne fait

pas opposition au droit du gagiste d'exercer l'action *furti*; il a plus d'avantage, en effet, à vendre directement le gage qu'à recourir aux procédures embrouillées de la *bonorum venditio*. Concurrément avec lui, le propriétaire est investi de l'action *furti*, l'usage qu'il fait de cette action libère le gagiste de sa responsabilité. Du reste le propriétaire lui-même, non moins qu'un étranger, peut être poursuivi par le créancier gagiste au moyen de l'action *furti*.

Tout ce que nous venons de dire au sujet du gagiste est longuement développé par Ulpien (L. 12 § 2) et la décision qu'il donne, il l'appuie sur l'autorité de plusieurs autres jurisconsultes.

Il peut arriver parfois que le gagiste n'exerçant l'action *furti* que jusqu'à concurrence du montant de sa créance, la valeur de l'objet donné en gage surpasse de beaucoup la somme qu'il garantissait: dans ce cas, le débiteur, propriétaire de la chose, intente l'action *furti* pour l'excédant de valeur (L. 46 § 4). Mais si le gagiste agit pour le compte de l'un et de l'autre, il ne retient de ce qu'il a obtenu du voleur que la somme qui lui est due; il doit restituer le surplus au propriétaire qui n'est plus admis à intenter l'action. Le droit du gagiste n'a donc pas pour limite le montant de sa créance (L. 15 pr.). Si c'est le propriétaire lui-même qui a dérobé le gage, le gagiste garde entièrement pour lui le montant de la condamnation. Et ce qu'il lui réclame, ce n'est pas la valeur du gage, mais le chiffre de la dette dont il est tenu, au double ou au

quadruple, chiffre auquel s'adjoignent les intérêts (L. 87).

4° L'acheteur. De la vente il peut encore résulter que la chose soit détenue par un autre que par le propriétaire, quand par exemple elle n'a pas été transférée en propriété à l'acheteur. La tradition une fois opérée, l'acheteur devient un possesseur de bonne foi, et l'action *furti* lui appartient certainement; si elle n'a pas été accomplie, c'est au vendeur qu'elle compète. Mais celui-ci doit céder ses actions à l'acquéreur et au cas où il les aurait exercées lui-même, le bénéfice qu'il en a retiré doit être intégralement restitué à l'acquéreur (L. 14 pr.). Papinien, dans la loi 80 (De furt.), donne également l'action *furti* au vendeur. Ainsi, une personne a vendu un esclave qu'on dérobe avant que la tradition ne soit effectuée, il est préférable, dit le jurisconsulte, de donner l'action *furti* au vendeur dont l'intérêt semble reposer sur l'obligation où il est de céder ses actions. Dans ces deux hypothèses, l'action *furti* appartient au propriétaire, bien qu'il ne soit pas intéressé. En effet, nous supposons que celui-ci n'a commis aucune faute, qu'il a été vigilant et n'a pas encouru la responsabilité de la *culpa levis in abstracto* qui pèse éventuellement sur lui; son obligation de céder les actions nées du vol ne peut non plus lui donner intérêt ni faire considérer le vol comme diminuant son patrimoine.

La raison pratique de ces deux solutions est que l'acheteur n'avait pas l'action *furti*, quand la

chose ne lui avait pas été livrée. Il fallait donc donner l'action *furti* au vendeur, sinon le voleur serait resté impuni.

Paul semble contredire ceci (11. 31. § 17. Sent.). L'action *furti*, dit-il, appartient soit au vendeur, soit à l'acheteur, mais il veut dire probablement que l'acheteur pouvant exiger que l'action lui soit cédée peut tenir cette cession pour sous-entendue, et alors, s'il agit, l'action du vendeur devient non recevable (1). Quand cette cession n'est pas possible, comme lorsque le vendeur qui n'est pas propriétaire n'est pas non plus possesseur de bonne foi, l'acheteur a un recours au moyen de l'action *ex empto* et le vendeur est tenu à des dommages intérêts. En effet, s'il n'avait pas, dit le texte, commis la faute de vendre la chose d'autrui, il serait en mesure de faire cette cession (L. 35 § 4 de contr. empt. XVIII. 1). Seulement l'acheteur de bonne foi a l'action *furti* de son chef; (Inst. IV.1. § 15), elle appartient également au vrai propriétaire.

Signalons en passant l'hypothèse que les textes font d'une personne qui s'est rendue acquéreur d'un objet qu'on lui a volé, évidemment, l'action *furti* lui appartient (L. 52 § 10).

5° Le fermier. Il est évident que le fermier aura l'action *furti* pour les fruits qu'il a recueillis et dont il est propriétaire: mais il peut avoir l'action même relativement à des choses qui ne lui appar-

(1) Accarias, T. II P. 638 Note 2.

tiennent point encore ou qu'il a louées. Cette action est alors donnée au fermier parce qu'il a un intérêt (L. 14. L. 52 § 12). S'agit-il de fruits encore pendants qui sont dérobés, l'intérêt du colon est manifeste, car ces fruits qu'on lui prend, plus tard il les aurait cueillis lui-même et faits siens. (L. 26. § 1.) Remarquons ici encore le concours possible entre le fermier et le maître. Quand des fruits sont dérobés d'un champ, l'action *furti* appartient simultanément au colon et au propriétaire, car ils ont l'un et l'autre intérêt à poursuivre le recouvrement de la chose (L. 82, § 1). Si le maître agit par l'action *furti* contre le voleur, le fermier agira de son côté par l'action *conducti* pour obtenir du maître que le bénéfice retiré par celui-ci lui soit remis (L. 52, § 8). Ces principes régissent également le louage d'ouvrage ; l'action est donnée là où il y a intérêt, sous la condition déjà exprimée que le *conductor operis faciendi* soit solvable. Ainsi, le foulon auquel j'ai confié mon vêtement, est investi de l'action *furti*, si on le lui dérobe, car il est soumis par son contrat à la garde de la chose et en conséquence responsable du vol qui est commis (L. 12 pr.).

6° Le mandataire peut exercer l'action *furti*. Il rentre en effet dans la classe des personnes intéressées. Mais cette doctrine ne remonte guère qu'à Modestin. Pendant longtemps, la doctrine prépondérante était celle qui ne rendait le mandataire responsable que de son dol et de sa faute lourde. Paul cite un exemple où, grâce à un pacte adjoint,

le mandataire se soumettait à la *custodia* ; c'est donc que telle n'était pas la règle générale. (L. 5 § 4 de præser. verbis XIX. 5). Depuis Ulpien qui posa plusieurs fois le principe, le mandataire est astreint à la *custodia*. Dans notre hypothèse, il figure donc parmi les personnes ayant le droit d'intenter l'action *furti*. Un texte que nous avons déjà analysé plus haut, en parlant de la *contrectatio*, démontre clairement ce que nous avançons. Rappelons brièvement qu'il s'agit d'un tisserand auquel j'ai donné mandat de remettre du fil à une personne qui viendrait le réclamer en mon nom. Un passant se présente, demande le fil et l'obtient ; le texte donne l'action *furti* au tisserand, parce que, dit-il, c'est lui que le marché concerne. (L. 52, § 11)

Nous terminons ainsi l'énumération des détenteurs auxquels appartient l'action *furti*. Une réflexion générale qui s'applique à tous, c'est qu'ils ne peuvent exercer l'action *furti*, que s'ils sont solvables. Parce que, nous l'avons dit déjà précédemment en traitant du commodataire, celui qui n'a rien ne peut indemniser le propriétaire de la perte que celui-ci subit par le vol.

Il nous reste à voir ceux qui, bien qu'ayant un intérêt, n'ont pas néanmoins le droit d'intenter l'action. En principe, on écarte tout intérêt dont la cause n'est pas honnête (L. 11). Aussi, l'action *furti* est-elle refusée au possesseur de mauvaise foi, quel que soit son intérêt à ce que la chose ne soit pas volée, par exemple, si elle est à ses risques. En effet, personne ne peut acquérir d'action par son

improbité (L. 12, § 1). Celui qui s'est emparé d'une *res hereditaria* pour l'usucaper, ne peut non plus exercer l'action *furti*. On tient compte, dit le texte, de l'intérêt de celui qui doit éprouver un dommage et non de celui qui doit réaliser un bénéfice (L. 71, § 1.).

Le voleur volé est également exclu par la règle que nous avons énoncée. Il aurait intérêt à la conservation de la chose, car il est exposé à la *condictio* de la part du propriétaire qu'il a dépouillé, mais son intérêt ne repose pas sur une cause honnête. Aussi, l'opinion de Servius qui accordait, si nul propriétaire ne se présentait, l'action *furti* au voleur volé, est-elle entourée d'un profond discrédit (L. 76, § 1). C'est en effet une règle générale et reconnue qu'on ne peut agir par l'action *furti* au sujet d'une chose qu'on a volée soi-même. (L. 14, § 4.).

Cependant, une exception à cette règle est apportée au cas où l'on est responsable non-seulement de son propre délit, mais encore de celui qu'un tiers a commis. Par exemple, j'ai confié à Titius un habit pour le dégraisser, il le donne à mon insu et contre mon gré en commodat à Sempronius, il commet un vol. Sempronius de son côté accomplit un *furtum usûs* ou même vend l'habit ; l'action *furti* est donnée à Titius, auquel incombait le soin de veiller à la chose ; mais lui-même est soumis à une action *furti* de ma part, car il a commis un *furtum* en se déssaisissant du vêtement que je lui avais remis.

Du reste, si le voleur vend la chose volée et qu'on lui en dérobe le prix, l'action *furti* lui appartient, car ce qui est produit au moyen d'une chose volée, n'est pas une *res furtiva*; ceci ne fait doute pour personne (L. 48 § § 4 et 7). Nous trouvons encore une loi qui donne au voleur une action *furti*; c'est lorsqu'il se trouve à son tour victime d'un vol dont la personne qu'il a volée peut tirer un profit quelconque. Ainsi, j'ai volé un esclave, et celui-ci me dérobe un objet: je puis exercer contre son maître l'action *furti*, car de tels vols, dit le jurisconsulte, enrichissent presque toujours le pécule de l'esclave qui vole. Une autre raison, et celle-ci d'un ordre plus élevé, c'est qu'il ne faut pas que ces délits engendrent l'impunité pour l'esclave qui se rend coupable (L. 67, § 4).

En somme l'exercice de l'action *furti* exige le plus souvent un intérêt légitime, mais cette condition ne suffit pas. Il est nécessaire que l'intéressé soit détenteur ou propriétaire. C'est ce que démontre bien l'exemple suivant. Titius est absent et je gère ses affaires. Primus, se prétendant procureur de Secundus, me réclame le paiement d'une dette dont Titius est redevable à Secundus. Dans ce cas, l'action *furti* m'appartient à moi qui ai fait le paiement, mais Titius ne l'a pas, car il n'a en jeu aucun intérêt de possession ou de propriété. (L. 80, § 7). Supposons encore que j'aie stipulé de vous qu'à telle époque vous me donnerez un esclave; on vous dérobe l'esclave avant le terme d'échéance que nous avons fixé; je ne puis, moi,

intenter l'action *furti* contre le voleur, malgré l'intérêt que je puis avoir à ce que vous me procuriez cet esclave.

C'est que je ne suis ni propriétaire, ni détenteur, et tout autre intérêt n'est pas pris en considération pour l'exercice de l'action *furti* (L. 66, § 5). Le créancier en vertu d'une stipulation n'est pas admis par la loi à intenter cette action (L. 13), ni le tuteur ou le curateur non plus que celui auquel un esclave est dû en vertu d'un testament (L. 85). Mentionnons encore le créancier dont le débiteur est peu solvable, et que l'on dépouille de sa chose. Peut-être le créancier n'aurait-il d'autre moyen de sauvegarder sa créance que d'intenter l'action *furti*. Néanmoins, ce droit ne lui est pas concédé car il n'a pas la qualité voulue. La femme aussi, pour les biens dont les risques sont à sa charge, n'est pas investie de l'action *furti*. C'est en effet le mari qui a la jouissance de la dot ; il en est le détenteur (L. L. 49, pr. et § 1. 53).

Nous avons ainsi passé en revue, avec les textes, les personnes auxquelles le *furtum* bien certainement préjudicie, et qui sont incapables d'exercer l'action *furti*, parce qu'elles n'ont pas la qualité de détenteurs.

§ II

Contre qui peut-on intenter l'action *furti* ?

On peut intenter cette action contre le voleur et ses complices. Tel est le principe qui, nous le verrons, subit plusieurs exceptions.

I. Voleur. — Le voleur peut être le propriétaire même de la chose quand il la dérobe à une personne qui en est régulièrement nantie (L. 53, § 4). Et ce n'est pas seulement le voleur qui est soumis à l'action *furti*, mais le maître lui-même, si le coupable est une personne *alieni juris*, un esclave par exemple (L. 41, § 2).

Avant d'aller plus loin, il est bon, croyons-nous, de fournir quelques explications sur les actions noxales. En effet, le texte précédent, dans le cas où le voleur est soumis à la puissance d'autrui, nous dit : « *noxæ caput sequitur.* » Il faut montrer comment cette action est essentiellement mobile et soumise aux vicissitudes de la possession. L'action noxale est donnée contre un maître, à raison d'une obligation dont son esclave est tenu *ex delicto*. Le maître est tenu *propter rem*, aussi a-t-il le choix entre le paiement de l'estimation du litige ou l'abandon noxal de l'esclave, auteur du délit. Ce qu'il doit, c'est la *deditio noxalis* et non pas la peine qu'entraîne le délit ; la faculté qui lui est laissée de se libérer en payant la peine provient de ce que la valeur du coupable est souvent bien supérieure au préjudice causé, que l'intérêt du maître est dans ce cas de garder l'esclave, en indemnisant la victime, et que d'ailleurs il ne saurait être plus sévèrement puni pour le fait de l'esclave que s'il était lui-même l'auteur de l'infraction.

Les textes nous montrent que l'action noxale est donnée contre le possesseur *animo domini* qui a la

possession de fait (L. L. 7, 11 et 13. De nox. act. IX 4). Si nous n'avons encore supposé l'action donnée que contre le maître, c'est qu'il en est ainsi le plus souvent, la possession et la propriété se trouvant réunies dans la même main. Pour plus de facilité, d'ailleurs, nous continuerons de mettre en jeu le même personnage.

Celui-là est soumis à l'action noxale qui possède l'auteur du délit au moment où l'action est intentée. L'action ne se fixe pas lors de la perpétration du délit. Si donc l'esclave a depuis changé de maître ou été affranchi, l'action noxale doit être dirigée contre le maître le plus récent ou remplacée par une action directe contre l'esclave devenu homme libre. (L. 64).

Cesont ces fluctuations auxquelles l'action noxale est soumise que les auteurs traduisent par ces mots, « *noxæ caput sequitur* ou *noxalis actio caput sequitur* ».

Notons cependant que, malgré l'affranchissement qu'il a fait de l'esclave coupable, le maître reste exposé à une action directe s'il a connu le vol et ne l'a pas empêché. L'affranchi peut de son côté être poursuivi par la personne lésée. En somme, celle-ci se trouve investie de deux actions dont elle peut, à son choix, exercer l'une ou l'autre. Mais il n'y a pas de cumul, par une bizarrerie assez inexplicable, puisque dans l'hypothèse il y a deux délinquants. La raison en est sans doute dans la considération suivante : presque toujours les deux actions seraient données contre le maître, qui se

trouverait ainsi plus maltraité que s'il se fût rendu lui-même coupable du délit.

Dans le droit classique, les délits des fils de famille engendraient contre les pères des actions noxales régies par les mêmes principes. Quelques différences seules les séparaient. Justinien choqué de l'abandon des personnes libres, surtout quand il s'appliquait aux filles, abrogea cette règle.

Avant d'arriver aux exceptions qui restreignent la règle que tout voleur est soumis à l'action *furti*, nous pouvons mentionner une loi intéressante qui dénote bien la haine implacable des Romains pour le vol. C'est la loi 65 (*De furt.*). Une personne a dérobé un objet et se repent; elle rend l'objet à son propriétaire. Repentir trop tardif dont on ne tient nul compte! L'action *furti* ne cesse pas d'être donnée contre elle.

Passons aux exceptions.

1° Le maître n'a pas l'action *furti* contre son esclave. Application d'un principe général que pose Gaius (L. 4, De Jud. V. 1). « *Lis nulla est cum eo quem in potestate habemus* ». En effet le père de famille peut infliger au délinquant une peine de son choix; il n'a pas alors besoin de recourir à la justice. Si plus tard l'esclave est aliéné ou affranchi, le maître qui a cessé de posséder ne peut néanmoins poursuivre la réparation du délit au moyen d'une action noxale contre le nouveau possesseur ou d'une action directe contre l'affranchi; car l'action n'a pas pu prendre naissance au moment où le vol a été commis, frappée de stéri-

lité dans le germe. Si, au contraire, ce n'est qu'après l'affranchissement que le vol est accompli, l'action *furti* naît sans aucun doute. Si c'est un esclave que j'ai acheté qui m'a volé et dont la vente est rescindée, la rescision du contrat ne peut anéantir le fait accompli, à savoir, la possession de l'esclave par moi, aussi l'action *furti* n'est-elle pas née du délit. Cependant l'équité ne veut pas que je souffre un préjudice de ce vol : je pourrai donc en intentant l'action redhibitoire demander à être indemnisé.

Supposons que ce soit un mien esclave fugitif qui me vole, que cet esclave soit plus tard possédé par un tiers de bonne foi. Aurai-je l'action *furti*? Il faudrait décider que non d'après les explications que nous venons de fournir. C'est l'opinion de Julien. Mais Ulpien et Pomponius se prononcent en sens contraire, parce que le maître n'était plus possesseur à l'époque du délit. Cette décision se rattache à ce que nous avons dit en parlant de l'action noxale. Cette action n'est pas nécessairement donnée à quelqu'un en sa seule qualité de propriétaire et ne lui est pas non plus refusée en raison de cette qualité. (L. 17. De furt.).

Dans un autre texte Ulpien examine encore une autre hypothèse très-voisine de celle-ci et donne une solution différente. Voici l'espèce que prévoit le juriconsulte. Un esclave a été affranchi par testament et après la mort du maître a enlevé par dol un objet de la succession pour en dépouiller l'héritier, on donne contre lui une action utile au

double dans l'année. Cette action, dit Labéon, est fondée sur l'équité et donnée afin de ne pas laisser impuni le coupable qui se sent à l'abri de toute poursuite ; car il ne peut être puni comme esclave à cause de sa liberté prochaine ni comme homme libre puisqu'il a volé l'hérédité dont il dépend.

Or un maître ne peut avoir une action *furti* contre son esclave, même affranchi, à moins que le vol ne soit postérieur à l'affranchissement. C'est le prêteur qui a créé cette action au double pour sauvegarder les hérédités (L. 1, pr. § 1, XLXII 4).

2° Le père ne peut avoir l'action *furti* contre le fils. La nature s'y oppose, dit le texte. (L. 16. De furt.). Mais ce principe souffrit une dérogation depuis qu'Auguste eût créé le pécule *castrense*. Si donc un père est volé par son fils, soldat, le père peut se faire indemniser par son fils au moyen de l'action *furti*. Et réciproquement le père sera soumis à cette même action, s'il dérobe au fils un objet dépendant de son pécule *castrense*. Toutefois, comme conséquence du respect que l'enfant doit à ses parents, il ne peut intenter contre son père une action infamante ou le faire condamner au-delà de ses moyens (L. 52, § § 5 et 6).

3° Pas d'action *furti* entre époux. Le vol ne donne lieu qu'à l'action *rerum amotarum* (L. 52, § 2). L'action *furti* est refusée par respect pour le mariage (L. 2. *Rerum amotarum* XXV, 2.) En effet, elle est infamante et l'action *rerum amotarum* ne l'est pas. Elle est pénale, c'est-à-dire tend à assurer au demandeur un bénéfice qui appauvrit d'autant

le défendeur ; la seconde ne fait que réparer le dommage causé. L'action *rerum amotarum* ne peut être intentée qu'après la dissolution du mariage ; jusque-là l'époux victime du détournement n'avait qu'un *condictio sine causâ*. Les textes exigent que la soustraction ait eu lieu en vue de la dissolution du mariage ; si la femme opère un détournement, en prévision de la mort prochaine de son mari et que celui-ci revienne à la santé, le mari est muni d'une action *rerum amotarum* utile (L. 21. *Rerum amotarum* XXV 2). Gaius (L. 26. h t.) nous dit « *rerum amotarum condictio est.* » Cette *condictio*, ainsi que la *furtiva*, est une *condictio certi*. En effet la plupart des règles concernant cette action sont les mêmes que celles qui gouvernent la *condictio furtiva*. Toutes les deux ont pour objet de faire recouvrer à la victime du vol ce qui lui a été dérobé.

Remarquons cependant que si un époux se rend vis-à-vis de l'autre coupable de vol, bien qu'il n'y ait pas lieu à l'action *furti* contre l'époux qui détourne la chose, les complices, s'il y en a, n'en sont pas moins tenus. Nous étudierons ce point plus en détail dans la suite.

Mais quoique le mari ne puisse agir contre sa femme pour vol, cependant si le *furtum* qu'elle a commis cause un préjudice à un étranger qui détenait régulièrement la chose volée et qui peut être poursuivi par le mari à cause de cette détention de la chose, ce tiers sera sans aucun doute investi de l'action *furti* à l'encontre de la femme, (L. 28. XXV. 2).

Quand ce n'est pas la chose de son mari qu'elle détourne mais une chose dont il est seulement détenteur, la question fait plus de difficulté. Le propriétaire peut-il intenter l'action *furti* contre la femme ou bien le mari que nous supposons détenir l'objet en vertu d'un commodat, poursuivi par l'action *commodati*, peut-il exercer contre sa femme l'action *furti* ?

Justinien tranche la difficulté et décide que si le mari est solvable, le propriétaire doit agir contre lui et non contre la femme, pour que l'harmonie du ménage ne soit pas troublée (L. 22 § 4. Co. VI. 2).

Ce motif n'existe plus quand le divorce a rompu l'union conjugale, la dignité du mariage n'est plus à sauvegarder, aussi l'époux qui se rend coupable de vol peut-il être soumis à l'action *furti*. Ainsi en est-il encore au cas où c'est l'esclave d'un des deux époux qui a accompli le *furtum* (L. 3, pr. § 1 : L. 25 § 2).

4° Dernière exception à signaler. Il s'agit d'un *furtum domesticum* (L. 89). L'action *furti* est écartée pour les vols commis par un client ou un affranchi contre le patron ou un domestique à gages contre son maître. Marcus semble dire qu'il en est ainsi à cause de la modicité présumée de l'objet volé. Raison peu morale car le fait délictueux ne doit s'apprécier qu'en lui-même et non d'après la valeur de la chose qui est dérobée. En tout cas le voleur doit habiter la maison pour que l'action *furti* ne s'élève pas (L. 11. § 1: De pœnis. XLVIII. 19).

II. Complices. L'action *furti* est donnée contre les complices.

Quand existe la complicité? Les textes ne sont pas d'accord pour nous répondre. Les uns disent qu'elle existe « ope et consilio » : les autres : « ope aut consilio ». Faut-il les deux éléments combinés? Un seul est-il uniquement nécessaire?

Ceux qui exigent pour la complicité la réunion de l'*ops* et du *consilium* s'appuient sur plusieurs textes, notamment sur le *principium* de la loi 36. (De furt.). Nous y voyons qu'une personne qui conseille à un esclave de prendre la fuite n'est pas regardée comme complice. En effet, dit la loi, « qui malum consilium dedit, furtum non fecit ».

Un mauvais conseil ne constitue pas un vol. A ceci il est aisé de répondre qu'un simple conseil ne suffit jamais, si par *consilium* on entend une simple exhortation. Les Institutes le disent nettement. (§ 11 in fine. IV. 1). Mais le conseil devient parfois une véritable assistance donnée au voleur. Ulpien fait très-bien cette distinction à la fin du même *principium* de la loi 36. « Qui servo persuasit ut fugeret fur non est; nec enim qui alicui malum consilium dedit furtum facit. Sed si alius fugam persuaserit ut ab alio subripiatur furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio ejus furtum factum sit ».

On va même plus loin et l'on dit que si dans la première hypothèse prévue par le texte il n'est pas relevé d'imputation de complicité à la charge de

celui qui conseille, c'est qu'il n'existe pas de délit principal.

Il n'y a pas vol dans le fait par un esclave de s'enfuir. — Ce raisonnement nous semble fortement ébranlé par la doctrine admise à Rome qui considérerait l'esclave fugitif comme se volant lui-même. Les textes d'ailleurs appellent ce genre de vol *furtum suū* (L. 60).

Mais on ajoute en faveur de la première interprétation que le seul conseil n'oblige pas, que ceci est dit formellement au livre. *De Mandato*, XVII. 1, à la fin de la loi 2 dans laquelle on lit que le mandat qu'on donne à une personne, dans son intérêt seul, est assimilé à un conseil et par suite non obligatoire, « ob id non obligatorium. »

Cet argument n'est pas bon, provenant d'une règle de droit civil qu'on veut appliquer en matière criminelle. Du reste il ne tranche pas la difficulté que suscite le sens à donner au mot *consilium*.

On insiste et on argumente encore de la loi 53 *in fine*, (L. 16). Cette loi déclare qu'on ne peut regarder comme ayant aidé le voleur que celui qui a eu *consilium malignum* et que le *consilium* n'existe qu'autant qu'il y a eu exécution.

La réponse est facile. Si nous donnons à ces lignes le sens formel que la réunion de *l'ops* et du *consilium* est indispensable, comment expliquons-nous le commencement du même paragraphe ? Paul en effet y relate l'opinion de Labéon qui se prononce contre la réunion nécessaire des deux éléments pour former la complicité. Il proclame

cette opinion préférable à l'autre. Est-il admissible que le jurisconsulte se soit contredit à deux lignes d'intervalle? Ne vaut-il pas mieux admettre que le mot *consilium* est pris dans des sens différents et que c'est précisément pour opposer ces différentes significations que le jurisconsulte exige tantôt la *conjunctio* et tantôt admet la *disjunctio*. Remarquons d'ailleurs comme confirmation de cette manière de voir l'antithèse évidente qui résulte de ces deux expressions, l'une au commencement *furtum consilio facere* et l'autre à la fin de la phrase, *consilium malignum habere*. Dans le premier cas *consilium* veut dire conseil, exhortation efficace; dans le second il signifie avoir conscience du vol, en connaître l'étendue. Ce mot prend donc dans la bouche des jurisconsultes un caractère très-élastique.

Nombreux encore sont les textes qui viennent à l'appui de notre thèse. Ainsi la loi 16, pr. (XLVIII. 19.) qui punit les *consilia* aussi bien que le délit lui-même; la loi 52 § 23 (De furt.) qui soumet à l'action *furti* comme complice le débiteur qui persuade l'esclave de son créancier et le pousse à supprimer le titre constatant la créance.

En somme et pour condenser tout ce que nous venons de dire, le *consilium* suffit à rendre complice celui qui le donne, pourvu qu'il exerce une influence décisive sur l'exécution du fait. (L. 50 § § 2 et 3).

Toute cette controverse ne fait que rouler sur une question de mots et les multiples significa-

tions que comporte le mot *consilium*. D'après Vinnius, ce mot est susceptible de 3 sens :

1° Il signifie *malitiosum propositum*. Dans ce cas il ne suffit point à établir la complicité et c'est quand il revêt cette signification qu'on peut dire qu'il n'y a pas complicité *consilio sine ope*.

2° *Simplex suasio seu monitio*. Même insuffisance.

3° *Persuasio, impulsio simulque instructio*. En ce sens nous disons que le *consilium* suffit.

Les Institutes nous apprennent que l'intention de faciliter le vol doit apparaître avec évidence. Il ne faut pas tenir compte de la légèreté ou de l'imprudence qui vous a fait agiter votre mouchoir, bien que ce geste ait suffi à mettre en fuite mon troupeau que des voleurs ont dérobé (§ 11. IV. 1). Ulpien dit également que sans dol il n'existe pas de *furtum*, ni par suite de complicité (L. 50 § 2). Il faut donc une intention coupable et une intention de servir les projets du voleur. Si donc j'ai brisé la porte de mon voisin dans un moment de colère et que des voleurs aient profité de cette fracture pour se glisser dans la maison et la piller, je ne suis pas cependant regardé comme complice et en cette qualité soumis à l'action *furti*. On doit en effet distinguer le mobile qui m'a fait agir, la fureur dans cette hypothèse, et le préjudice qui a été fait au voisin (L. 53 pr). Mais si j'avais brisé la porte, sachant que les voleurs auraient plus de facilité pour entrer, sans m'associer d'ailleurs à leur gain

et uniquement pour tirer vengeance de mon voisin, dans ce cas il y aurait complicité de ma part bien que je n'aie pas réalisé un bénéfice en partageant les dépouilles (L. 50 § 1).

Terminons ces explications en disant qu'il faut pour la complicité un délit principal sur lequel elle s'étaye. Toutes les fois que le délit n'est pas consommé, le complice échappe à la peine. Si donc il n'y a pas de *contrectatio*, peu importe le *consilium* qui a été donné. Ou si encore la personne qui serait regardée comme auteur principal n'est pas passible de l'action *furti* en raison de sa bonne foi, l'instigateur, malgré son dol, n'est pas tenu de complicité car il n'y a pas de délit. Ainsi voyons-nous que celui qui trompe la confiance d'une personne, en lui présentant comme solvable un homme ruiné auquel il fait prêter de l'argent, n'est pas soumis à l'action *furti* quand cet homme est de bonne foi, celui-ci n'étant pas en effet regardé comme un voleur. Au lieu d'être poursuivi par l'action de vol, l'emprunteur le sera par une action *in factum* tendant à faire restituer la somme qui lui a été indûment prêtée. (L. 66. § 4).

Nous voyons cependant le droit romain déroger dans un cas à la règle qui exige un délit pour que le complice soit soumis à l'action *furti*. C'est quand un esclave sollicité par une personne de dérober quelque chose à son maître, avertit celui-ci qui, pour surprendre le séducteur, engage son esclave à paraître obéir. Il n'y a pas de *furtum* ici car l'esclave n'a pas agi *invito domino* et n'a pas

commis de vol. Aussi, d'après les principes, le corrupteur devrait-il échapper à l'action *furti*. C'est ainsi que décidait Gaius qui écartait encore l'action *servi corrupti*, puisque l'esclave n'avait pas été corrompu. Mais Justinien plus sévère donne les deux actions assimilant en ce cas la tentative au délit consommé. (L. 20,).

Nous avons vu plus haut, en étudiant pour le fils et la femme coupables de vol l'exception apportée en leur faveur au principe que les voleurs sont tous passibles de l'action *furti*, qu'il n'était pas nécessaire que l'auteur principal fut soumis à cette action pour que les complices pussent être poursuivis. (L. 52, § 2). En effet dans ces deux exceptions le *furtum* existe bien; le délit est nettement caractérisé. Seulement pour le fils, si l'action est mise de côté, c'est que le père de famille a, sans recourir à la justice, le droit de punir le coupable, et que du reste, celui-ci n'ayant pas de patrimoine, la réparation pécuniaire est impossible à fournir (1). Pour la femme, l'action *furti* est remplacée par une autre action qui n'est pas infamante. L'exception faite en sa faveur est faite *propter honorem matrimonii*.

Dans les lois que nous avons analysées pour établir l'existence de la complicité et les éléments qui la constituent, nous avons pu voir que tantôt elle naissait d'un conseil donné au voleur et tantôt d'un concours matériel, tel que bris de porte ou

(1). Il y a exception quand le fils a un pécule castrense.

de fenêtre, fourni en connaissance de cause. Dans le premier cas la complicité est morale; dans le second cas matérielle. Les exemples donnés de l'une et de l'autre sont assez nombreux, les explications assez longues, pour qu'il soit inutile désormais d'y insister.

N'oublions pas de dire que les Romains admettaient la complicité pour recel des choses ou du voleur (§ 4. IV. 1, Inst. L. 48. § 1. De furt.). Il semble bien que ceux-là encore étaient regardés comme complices qui, le délit une fois accompli, l'approuvaient et en tiraient profit. « In maleficio ratihabito mandato comparatur ». (L. 152. § 2. De Reg. Juris. L. 17). Nous ne faisons que constater ces points dont l'étude nous entraînerait hors de notre sujet.

Nous avons ainsi terminé l'étude des personnes contre lesquelles peut être intentée l'action *furti*. Il est bon d'ajouter à la liste les aubergistes qui sont responsables du vol de leurs préposés et toujours soumis, ainsi que leurs complices, à une action au double.

§ III.

MONTANT DE L'ACTION FURTI.

Gaius nous a transmis la formule de l'action *furti*. « Si paret ope consiliove Dionis hermœi filii furtum factum esse paterœ aureœ, quam ob

rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oportere. » (IV. 37). Les mots *ope consiliove* se réfèrent non à un complice mais à un auteur principal que Gaius suppose poursuivi. Les mots de la formule qui soulèvent quelques difficultés sont : « *pro fure damnum decidere oportere.* » M. de Savigny pense que *damnum decidere* signifie satisfaire la personne volée, la désintéresser, et alors cette expression s'appliquerait également à la transaction qui intervenait parfois entre le voleur et la victime du vol. Il estime encore qu'elle pouvait comprendre l'*addictio* du *fur manifestus*. Cette dernière affirmation du savant auteur nous semble peu exacte, car les peines rigoureuses de la loi des XII Tables étaient tombées en désuétude quand le système formulaire s'établit.

Nous avons vu quand l'action était donnée au double ou au quadruple. Nous ne reviendrons plus sur ce point. Ce qu'il importe de rechercher, c'est le montant du simple, c'est-à-dire, la somme que le juge doit multiplier suivant les cas par 2 ou par 4. En principe, la somme qu'on double ou qu'on quadruple est la valeur de la chose. (L. 50, Pr.). Il faut faire observer que le texte n'exprime pas exactement le principe. Au lieu de « non quod interest sed verum pretium, » il devait dire : « quod interest sed non tantum verum pretium. »

En effet le *verum pretium* est un minimum. Le simple comprend toujours au moins la valeur vénale de la chose au moment du délit. Mais il peut s'augmenter de tout le préjudice causé au deman-

deur. C'est ainsi que si vous aviez promis de livrer tel jour et *sub pœnâ* la chose qui vous a été dérobée, la peine que vous avez encourue est comprise dans le simple. (L. 67, § 1). Le simple peut encore comprendre les améliorations dont la chose volée s'est accrue. Ainsi avez-vous volé un esclave en bas âge qui a grandi à vos côtés et pour lequel on vous poursuit, alors qu'il est devenu adolescent, l'estimation qui doit en être faite ne portera pas seulement sur la valeur qu'il avait lors de la perpétration du vol mais sur la plus-value qu'il a acquise en grandissant. La condition du voleur ne doit pas en effet s'améliorer par ce motif que l'objet volé reste chez lui. (L. 67, § 2). Le simple comprend donc au moins la valeur que la chose avait quand elle a été volée. Peu importent les détériorations ou même la perte qui a pu survenir. La perte fortuite elle-même ne fait pas obstacle à l'action *furti*, car elle est réputée être la conséquence du vol et le voleur est du reste censé avoir pris à sa charge tous les cas fortuits.

On ne tient pas compte de la méprise que le voleur a pu faire en volant une chose pour une autre; il est responsable de ce qu'il a pris et non de ce qu'il a cru prendre. (L. 21, § 2).

Mais si, quand j'emporte deux coupes, je me crois propriétaire de l'une d'elles, sachant bien que l'autre ne m'appartient pas, ma bonne foi me fait échapper à l'action *furti* en ce qui concerne la première; je ne suis coupable de vol que relativement à la seconde coupe. (L. 21, § 3).

Il peut arriver quelquefois que pour un même objet le voleur encoure deux condamnations. Ainsi l'esclave que j'ai volé est rentré en la possession de son maître qui le donne en commodat à un ami; je vole à nouveau cet esclave. Je me suis donc rendu coupable de deux vols portant sur le même objet et par suite je suis soumis à deux actions pénales. (L. 56, pr.).

Dans le calcul du simple on fait entrer aussi la valeur des accessoires. Si donc ayant en commodat une jument dont on n'a pas retiré le poulain qu'elle nourrit, et que cette jument me soit dérobée avec sa suite; bien que le poulain n'ait pas fait l'objet du commodat, je pourrai néanmoins estimer sa valeur et la faire entrer dans l'estimation du simple. (L. 14, § 15.)

Il existe encore bien des cas où le simple pourra s'augmenter d'un intérêt que la personne lésée avait à ce que le vol ne fût pas commis. Les textes nous montrent un esclave appelé à une hérédité et qu'on vole. Cet esclave meurt avant d'avoir pu faire adition. La valeur de l'hérédité qui échappe au maître s'ajoute à la valeur de l'esclave. (L. 52, § 28). Ainsi encore un *chirographum* est volé par le débiteur et c'était l'unique moyen de preuve; le créancier pourra en outre de la valeur du *chirographum* réclamer le montant de la créance qu'il constatait (L. 27 pr.).

La base d'un intérêt extrinsèque est évidemment la seule qu'on puisse prendre en considération quand l'action *furti* n'appartient pas au proprié-

taire. (L. 80, § 1). Si donc un intérêt de cette nature n'existe pas, l'action *furti* est refusée. C'est ce qui se passe quand une chose léguée sous condition a été dérobée et que la condition est survenue avant que l'héritier ait pu faire adition. Il a cessé d'avoir intérêt à la conservation de la chose en tant que propriétaire, il n'en a pas acquis à d'autre titre, il cesse donc d'avoir droit à l'action *furti*. Cette même idée est encore développée dans bon nombre de lois. Ainsi voyons-nous le créancier qui a reçu en gage un esclave, cet esclave étant volé, investi d'une action *furti* par laquelle il est indemnisé du préjudice que lui causait le vol, c'est-à-dire intégralement payé de la dette à la sureté de laquelle était affecté l'esclave donné en gage. Supposons l'esclave volé une seconde fois, le gagiste aura-t-il une nouvelle action *furti*? Non, car il n'a plus d'intérêt, ayant obtenu en une fois le montant de sa créance. Si le créancier, au lieu d'un esclave, en a reçu deux en gage et que tous les deux soient volés, sans aucun doute l'action *furti* lui compète relativement à l'un et à l'autre. Mais en exerçant l'action au sujet du premier esclave, s'il est payé de tout ce qui lui est dû, l'action *furti* lui est certainement refusée au sujet du second. Le fondement de cette action, l'intérêt, s'est en effet complètement évanoui. (L. 14, §§ 6 et 7).

On se demande maintenant au cas où deux esclaves sont donnés en gage, si l'un des deux est volé et que celui qui reste soit d'une assez grande valeur pour assurer le paiement total de la dette, le

gagiste est-il muni de l'action *furti* à l'effet de se faire indemniser de la moitié seulement de la dette ou de la dette tout entière? Les avis sont partagés.

Mais celui de Papinien prévaut qui donne l'action pour toute la dette, décidant qu'on ne doit tenir compte que de l'esclave volé et non de celui qu'on a gardé, car l'intérêt du gagiste dans cette hypothèse est qu'il lui importe d'obtenir une indemnité de tout ce qui lui est dû, l'esclave resté entre ses mains pouvant mourir. (L. 14, § 5).

Du reste le gagiste, en intentant l'action *furti*, n'est pas obligé de renfermer sa demande dans les limites de sa créance; il peut agir et réclamer la peine tout entière sauf à restituer au débiteur qui aura recours à l'action *pignoratitia* la somme qui excède sa dette (L. 15, pr.).

Cette solution s'applique à tous ceux qui ne sont investis de l'action *furti* qu'en raison de leur responsabilité.

Faut-il maintenant considérer le vol d'une fraction de la chose comme égal au vol du tout? Ofilius et Trebatius, sous l'influence des idées stoïciennes, se prononçaient pour l'affirmative. En conséquence celui qui avait pris une mesure dans un tas de blé pouvait être poursuivi comme s'il avait volé le tas tout entier, car le vol est aussi criminel dans ce cas que grande est l'injure faite par celui qui frappe un homme à l'oreille au lieu de frapper tout le corps. Mais la plupart des jurisconsultes condamnaient cette doctrine. Ainsi le voleur d'une amphore, d'un peu de froment pris dans un gre-

nier, ne sera pas condamné comme s'il avait volé toutes les amphores renfermées dans le cellier ou tout le froment contenu dans le grenier. (L. 21, pr. §§ 5 et 6). Mais s'il s'agit d'une chose indivisible, cette décision devient inapplicable. Ainsi volez-vous une coupe dont les anses vous appartiennent, vous n'en êtes pas moins coupable du vol de la coupe entière. (L. 21 § 4).

Dans tous les cas où il y a vol, la charge de la preuve pèse sur le volé. C'est lui qui doit prouver que tant de perles ou d'amphores lui ont été enlevées (L. 52, § 25). Mais il suffit qu'il précise la chose de façon qu'on puisse en faire une juste estimation. On ne saurait exiger de lui des détails qui peut-être lui ont échappé. Ainsi on devra faire connaître si le vase qu'on réclame est en or ou en argent, si le vêtement est de telle ou telle couleur, de telle ou telle étoffe, le nombre de pièces d'or qu'on a prises. Et l'obligation de ces formalités s'effaçait même devant l'impossibilité pour le demandeur de les remplir. (L. 19, pr. §§ 1 à 5).

Examinons le cas où un même fait constitue tout à la fois le délit d'injure et celui de vol. Dans ce cas faut-il donner deux actions ou une seule?

Bien que les deux infractions se rattachent au même fait, nous pensons cependant que les deux actions pénales qu'elles engendrent doivent être cumulées car un délit ne saurait être effacé par un autre et l'impunité ne doit pas résulter de la pluralité des délits. (L. 2, pr. De pr. delict. XLVII. 1). Si donc vous frappez injurieusement l'esclave que

vous avez volé, vous êtes soumis à l'action d'injures et à l'action *furti* : vous serez même soumis à trois actions, si vous faites périr ce même esclave (L. 2, § 4, h. t.). Dans ces deux textes, Ulpien se prononce pour le principe du cumul. Modestin, au contraire, n'accorde que le choix pur et simple entre les deux actions (L. 53, pr. De ob. et act.).

Paul n'admet que le cumul restreint.

Toutes les fois, suivant ce jurisconsulte, que la personne lésée a exercé en premier lieu la plus avantageuse des deux actions, elle doit se contenter de ce bénéfice; si c'est la moins avantageuse qu'elle a mise en jeu, elle conserve l'autre action jusqu'à concurrence de ce qu'elle peut lui donner en plus. (Loi 34, De obl. et act.),

De ces trois opinions, celle qui semble avoir triomphé est l'opinion d'Ulpien. Hermogénien, jurisconsulte plus récent, (L. 32 De obl. et act.) affirme très nettement qu'elle avait fini par l'emporter. Une autre preuve est la reproduction exacte du texte d'Ulpien aux Institutes (§ 1. IV. 9).

Section II

DES CONSÉQUENCES CIVILES DU FURTUM.

§ I

Le propriétaire volé est muni pour recouvrer sa chose, en premier lieu de l'action en revendication, de même que tout propriétaire qui est dépossédé

de sa chose. Cette action est donnée contre le possesseur. Des doutes s'étaient élevés sur le point de savoir si un simple détenteur était soumis à la revendication. Ulpien fit prévaloir sa doctrine qui protégeait mieux les droits du propriétaire en permettant de poursuivre les détenteurs aussi bien que les possesseurs.

L'action *ad exhibendum* qui s'applique aux choses mobilières est aussi donnée contre le voleur. A l'origine, elle avait pour but de rendre la revendication possible en obligeant le détenteur de la chose à la produire pour l'accomplissement des formalités du *sacramentum*, dont la procédure exigeait la présence de la chose litigieuse ou d'un fragment de cette chose. Elle servait alors de préliminaire à l'action réelle. Le système formulaire lui enleva sa raison d'être, et si elle se maintint sous ce système, ce ne fut que parce qu'elle offrait au propriétaire l'avantage d'obtenir une condamnation sans avoir à fournir les preuves de son droit de propriété.

Dans l'hypothèse du *furtum* le droit commun s'applique. Ainsi toute personne qui est en mesure d'exhiber la chose volée est soumise à cette action. Mais pas plus que la revendication elle n'est donnée contre l'héritier du voleur, qui ne possède pas, cet héritier ne pouvant être tenu qu'à raison de sa propre possession ou de son dol personnel.

Ces résultats, nous allons le voir, sont corrigés par un troisième moyen donné à la personne lésée pour obtenir réparation du préjudice, la *condictio*.

Est-il nécessaire de faire remarquer que ces actions qui se cumulent avec l'action *furti*, qui est purement pénale, ne se cumulent pas entre elles, puisqu'on ne peut obtenir une seconde fois la chose qu'on a déjà obtenue?

§ II

Nous avons parlé de la *condictio*, mais comment admettre le concours de cette action et de la revendication? Ne semblent-elles pas s'exclure? En effet, l'*intentio* de la formule porte que le défendeur doit transférer la propriété au demandeur et celui-ci est déjà propriétaire. Comment expliquer l'anomalie? Pour résoudre la question, nous allons remonter au principe des *condictiones* et nous verrons l'origine de cette *condictio*.

La *condictio*, en principe, a été créée pour suppléer à la perte de la revendication. Nous pouvons, à l'appui de cette thèse, donner des applications que nous fournissent les textes. Ainsi nous voyons que la *condictio* prend naissance quand un prêteur aliène la propriété d'une somme d'argent ou d'une autre somme fongible. Dans ce cas, le prêteur cesse d'être protégé par la revendication. C'est la disparition de l'action réelle qui devient le motif et la condition de la *condictio*.

Ainsi encore lorsque l'acquisition de la propriété manque à l'origine et résulte plus tard de

la consommation de l'argent, la *condictio* se produit immédiatement (L. 13, pr. XII. 1). Nous trouvons de nombreuses applications de ce principe dans d'autres rapports juridiques que le prêt. C'est ainsi encore que si le possesseur de mauvaise foi d'une chose frugifère recueille les fruits, le propriétaire a contre lui la revendication pour tous les fruits qui subsistent et pour ceux qu'il a consommés, la *condictio* (L. 22, § 2. De pign. act. XIII. 7).

Partout donc, la *condictio* apparaît comme jouant un rôle subsidiaire par rapport à la revendication, et jamais comme devant être exercée avec elle.

Pourquoi, dans le *furtum*, une dérogation à la règle générale?

Tout d'abord, nous devons faire observer que la *condictio furtiva*, dans ses applications les plus fréquentes ne s'écarte pas du principe des *condictiones*. Quand le voleur dépense l'argent ou consomme le blé qu'il a pris, il s'enrichit injustement au préjudice du propriétaire qu'il a volé et tombe ainsi sous le coup de la *condictio sine causâ*. Cette *condictio* est une *condictio certi*. *L'intentio* est ainsi rédigée : « *si paret eos dare oportere* ». Quel est ici le sens du mot *dare* ? On pense que ce mot se rapporte, non à l'objet volé lui-même, mais au montant de la condamnation pécuniaire qui en est la représentation. Elle s'exerce en effet quand une chose est devenue, sans le consentement de celui à qui elle appartient, la propriété d'une autre personne, par suite d'une circonstance quelconque,

le fait, par exemple, de l'avoir consommée. Si le voleur perd la chose volée, il est obligé, bien qu'il n'y ait pas enrichissement, et cette obligation découle de la *mora* qui est à la charge du voleur. (L. 20, XIII. 1).

On entend par *mora*, le retard apporté par une personne obligée dans l'exécution de son obligation, ce retard étant d'ailleurs imputable au débiteur, c'est-à-dire, supposant une faute de sa part.

En principe, ce qui constitue la *mora*, c'est l'*interpellatio* ou la demande d'exécution émanant du créancier. Par exception, dans les délits, particulièrement dans le vol, il y a *mora ex re* ; le débiteur se trouve constitué en demeure de plein droit et sans qu'il soit besoin de sommation. « Semper moram fur facere videtur ».

Le débiteur en demeure est tenu d'indemniser le créancier de tout dommage qui est résulté de l'inexécution. Il s'en suit que le créancier peut toujours exiger l'exécution, même si celle-ci est devenue impossible, pour quelque cause que ce soit. Cet effet se traduit par ces mots : la chose est aux risques et périls du débiteur. Car la perte, même fortuite de la chose, est considérée comme ayant été déterminée par la faute du débiteur. Tous les accessoires de la chose, les fruits qu'elle a produits peuvent être exigés par le créancier et les variations que la chose a subies dans sa valeur sont aussi à la charge du débiteur qui est tenu de payer la plus haute valeur que la chose a eue depuis le commencement de la *mora* jusqu'au jugement.

Le seul point sur lequel la *condictio furtiva* déroge à la règle générale des *condictiones*, c'est que la victime du délit a le choix entre l'exercice de la revendication et celui de la *condictio*. Rigoureusement, la personne volée devrait rechercher si son bien existe encore entre les mains du voleur, s'il n'a pas été consommé ou mêlé avec d'autres, et au cas où elle se tromperait dans le choix de son action, la demande devrait être rejetée par le magistrat. Mais c'est à cause des difficultés que présente la recherche qui eut incombé à la victime du vol et pour la mettre à l'abri du danger de voir sa demande repoussée, que la *condictio* a été admise par exception et sur le même pied que la revendication.

Cette explication nous semble tellement plausible que dans le cas où le propriétaire d'un immeuble est dépossédé violemment, des auteurs, dont Labéon, s'élevaient contre l'extension à ce cas de la *condictio furtiva* parce que le besoin n'était pas impérieux comme en cas de vol d'une chose mobilière, l'immeuble ne pouvant pas se consommer et le possesseur devant aisément se découvrir.

Devons-nous maintenant regarder la *condictio furtiva* comme provenant *ex delicto*? Nous ne le pensons pas; selon nous elle résulte comme toute *condictio sine causâ* d'un enrichissement réalisé par quelqu'un, au préjudice d'un autre; et ce fait peut être assimilé à un quasi contrat. Les motifs qui militent en faveur de cette opinion sont les suivants :

Ulpien, dans un texte, oppose la *condictio furtiva* à toutes les actions *ex maleficio*, observant que la compensation lui est applicable ainsi qu'à ces autres actions. L'opposition est nettement accusée; le jurisconsulte énonce le principe qui régit toutes les actions nées d'un délit et ajoute que ce principe s'applique également à la *condictio ex causâ furtiva*. Il n'aurait pas cité celle-ci, si elle rentrait dans la catégorie des actions *ex delicto*, elle eût été comprise en bloc avec toutes ces actions. § 2. De comp. XVI. 2).

Nous voyons que les complices d'un voleur, ceux qui recèlent, ne sont pas soumis à la *condictio*, bien qu'étant tenus à raison du vol qui a été commis. Comment expliquer cette distinction? Par ce motif que la *condictio* dérive de l'enrichissement et non du délit (L. 6, De cond. furt. XIII. 1). Enfin, et ce texte est bien décisif, nous lisons dans la loi 15 (de furt.), qu'un esclave voleur ayant été affranchi ne peut être poursuivi par la *condictio*, mais seulement par l'action *furti*. Cette loi contredit absolument la doctrine qui fait naître *ex delicto*, la *condictio furtiva*, car la règle *noxa caput sequitur*, ne supporte pas d'exception, et s'applique à toute action issue de délits (1).

Les explications que nous venons de donner sur la *condictio furtiva* font ressortir les différences qui séparent cette action de l'action *furti*. Nous les avons déjà vues dans le cours de notre dissertation

(1) Voir A. Desjardins, Trait. du vol, Ps. 260 et suivantes.

mais nous rappelons, pour mémoire, les principales. La première est *rei persecutoria*, se donne donc aussi bien contre les héritiers du voleur que contre lui-même ; elle résulte d'un enrichissement illicite réalisé par lui, et par conséquent est refusée contre les complices qui n'ont apporté qu'*opem consiliumve*. Le propriétaire et le gagiste en sont seuls investis et non plus toute personne intéressée, comme dans l'action *furti*. Le caractère de noxalité qui appartient à toute action, issue *ex maleficio*, ne lui appartient pas. Cependant, elle a quelque chose de pénal qui la rapproche de l'action *furti*, c'est qu'elle autorise le juge à estimer la chose, au moment où elle a eu sa plus grande valeur entre le jour du vol et celui de la *litis contestatio*.

Nous avons vu dans quel but les Romains ont admis en concours avec la revendication la *condictio furtiva* et quelle était son origine.

Examinons les avantages qu'elle offre à la personne volée, quand la revendication est éteinte. Si le possesseur vient à mourir, la revendication et l'action *ad exhibendum* ne sont données contre ses héritiers, qu'autant qu'ils possèdent eux-mêmes. (L. 42 de rei vind. VI. 1). Quand la chose périt par cas fortuit, les deux actions s'éteignent. Ce double résultat est paré au moyen de la *condictio furtiva*. Peu importe que les héritiers du voleur possèdent ou ne possèdent pas, car s'ils ne succèdent pas à la possession de leur auteur, ils succèdent à ses dettes (L. 7, § 2. XIII. 1).

La perte, même par cas fortuit, ne fait pas échec

à la *condictio furtiva*, car la *mora* accompagne le vol, nous l'avons déjà vu, et se transmet même aux héritiers. Nous verrons, au fur et à mesure qu'ils se présenteront, les autres avantages que comporte la *condictio furtiva*.

Recherchons : 1° A qui appartient-elle ?

Au propriétaire ou au créancier gagiste qui a perdu la possession sans sa faute. Le créancier gagiste auquel le gage est enlevé est muni d'une *condictio incerti* (L. 12, § 2. XIII. 1). Ulpien, dans cette loi, rapporte l'opinion d'Ariston, sans l'approuver. Il dit même dans la loi 1. h. t. que le seul *dominus* est investi de la *condictio*.

Et nous voyons encore dans la loi 14, § 16 (de furt.), l'opposition qui est faite entre les possesseurs tels que commodataire et gagiste, auxquels l'action *furti* est accordée par le texte, et le propriétaire, qui seul a droit d'exercer la *condictio furtiva*.

Cette décision nous semble incompatible avec celle qui résulte d'autres textes. Ainsi (L. 22, pr. XIII. 7), nous voyons que le gagiste dépouillé de son gage par le débiteur peut exercer contre lui non-seulement l'action *furti*, mais encore la *condictio furtiva*, sous la condition d'imputer sur le montant de la dette, ce qu'il obtient du débiteur en réparation du préjudice.

Cette loi se prononce énergiquement en faveur du gagiste pour l'exercice de la *condictio furtiva*.

En effet, on peut trouver une base d'estimation de la possession et cette estimation ne se confond pas nécessairement avec celle de la chose. La loi 3

§ 11 au livre XLVIII. 17, établit cette distinction (M. Accarias se prononce pour la négative, en s'appuyant sur la loi 12, § 5. VII. 1. Des fruits encore, pendant parracinessontenlevéssurl'arbre. A qui appartiendra la *condictio*, de l'usufruitier ou du propriétaire? Le texte décide en faveur de ce dernier à cause de son droit de propriété).

2° Contre qui est-elle donnée?

Contre le voleur et ses héritiers. Est-elle donnée contre les complices? La loi 53, § 2. De verb. sign. que nous avons analysée plus haut semble distinguer entre la complicité morale et la complicité matérielle pour refuser la *condictio* dans le premier cas et la donner dans l'autre. La faculté d'agir par la *condictio* dans ce dernier cas serait une des preuves qui, au regard du jurisconsulte, militeraient en faveur de la *disjunctio* des deux éléments susceptibles de constituer la complicité. Mais dans la loi 6 (XIII-1.), nous voyons une dénégation formelle de cette proposition. Et cela nous semble plus rationnel, attendu que la *condictio* puisant sa source dans un enrichissement non justifié, ne saurait atteindre que le voleur lui-même. Nous l'avons déjà dit plus haut.

Quant aux co-auteurs du vol, c'est-à-dire ceux qui se sont réunis pour perpétrer le délit, ils sont exposés à la *condictio furtiva*. La personne lésée a le droit de choisir celui des coupables qu'elle veut poursuivre, avec cette restriction que la réparation obtenue du voleur poursuivi l'empêche de poursuivre les autres. C'est là la conséquence na-

turelle de ce que la *condictio furtiva* n'est pas une action pénale.

3° Montant de la *condictio furtiva*.

Cette action porte sur la plus haute valeur que la chose volée a atteinte entre le jour du délit et celui de la *litis contestatio*. Le voleur ne se libère pas en rendant la chose dans l'état où elle se trouve sans son dol ni sa faute (L. 8, § 1 XIII. 1), à l'inverse de ce qui a lieu dans la revendication où la restitution de la chose telle qu'elle est, libère le défendeur, quand il n'y a de sa part ni dol ni faute.

Un texte semble dire que la valeur de l'objet s'apprécie au moment de la *litis contestatio* (L. 2, § 3 de priv. dol. XLVII. 1.). Telle n'est pas la pensée du jurisconsulte, qui, faisant une comparaison entre l'action de la loi *Aquilia* et la *condictio furtiva*, veut dire simplement, que dans cette dernière action, le juge ne tient aucun compte de la valeur plus grande que la chose aurait pu avoir antérieurement au délit. Ce résultat au contraire peut se rencontrer dans l'action de la loi *Aquilia*, où le juge doit prendre en considération la plus haute valeur de la chose dans la dernière année.

Le montant de la *condictio* comprend encore les fruits.

4° Comment elle s'éteint.

Elle s'éteint par le retour de la chose entre les mains du propriétaire, ou quand l'offre de restitution a été régulièrement faite, ou encore, si une stipulation *novandi animo* (L. 29, § 1 de verb. oblig. XLV. 1) est intervenue entre le voleur et la personne

lésée, stipulation dont l'objet est la somme que le voleur doit restituer par la *condictio furtiva*.

Section III

CONSÉQUENCES DU FURTUM RELATIVEMENT A LA CHOSE VOLÉE

La chose volée est en quelque sorte mise hors du commerce et ne peut plus être usucapée. Nombreux sont les textes qui établissent ce principe, au Digeste et aux Institutes. (Inst. §§ 3 et suiv. II.6) (L. 33, de furt. L. 8. XIII. 6).

Il est inutile d'insister davantage sur un point dont la solution n'est pas contestée.

Les Institutes font très bien remarquer que la prohibition de l'usucapion des choses volées ne s'adresse pas au voleur, puisqu'il manque nécessairement de juste cause et de bonne foi. La prohibition ne concerne que les tiers auxquels le voleur livrerait plus tard la chose. Ceux-là ne sauraient bénéficier de leur bonne foi.

Les Romains traduisaient ce résultat par cette maxime: « vitium cum re ambulat ». L'ancienneté de la prohibition n'est pas douteuse, car celle-ci remonte aux lois des XII Tables (1) et fut reproduite

(1) Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.

par la loi *Atinia* rendue en l'an de Rome 537. En quoi cette dernière loi innovait-elle ? On l'ignore absolument (1).

De ce que nous venons de dire, il ressort que l'usucapion des meubles est assez rare. Cependant, nous remarquons son utilité dans le droit classique où elle fait acquérir la propriété *ex jure quiritium* d'une chose *mancipi* qui n'a été que livrée par le propriétaire ; et de tout temps, même sous Justinien, l'usucapion est utile quand le *tradens* croyait avoir la propriété et ne l'avait pas. En effet, la tradition d'une *res aliena* ne constitue un *furtum* que si elle est faite de mauvaise foi. Les Institutes nous donnent encore des applications de l'usucapion aux meubles (§§ 4 et 5. De usuc.), et dans le § 6, Justinien semble dire qu'il peut se rencontrer souvent des cas où la personne qui aliène la chose d'autrui, sans la voler, met le possesseur en position d'usucaper. Nous voyons dans le Digeste plusieurs de ces cas : par exemple, les héritiers d'un mandataire livrent la chose du mandant, l'acquéreur peut l'usucaper sans aucun doute (L. 57, XVII. 1). Il faut en dire autant de celui auquel le possesseur de bonne foi d'une hérédité livre une *res hereditaria* (L. 36, § 1. De usurp. et usuc. XLI. 3).

Si avec l'objet volé on a fait une *nova species*, un vêtement avec de la laine volée, quelle solution donner ? On ne doit tenir compte que de la matière

(1) Accarias, Tome 1, n° 240, note 2.

et en conséquence regarder le vêtement comme une *res furtiva* (L. 4, § 20, XLI. 3). Cette solution, que le texte mentionne laconiquement, n'a pas dû être admise sans controverse, ainsi qu'on en peut juger d'après le passage que les Institutes consacrent aux hypothèses réunies sous le nom générique de spécifications (Inst. § § 25 et suiv. II. 4). Nous voyons en effet que les Sabinien, quand il s'agissait de la transformation d'une chose (*nova species*), attribuaient toujours cette chose nouvelle au propriétaire de la matière, parce que celle-ci n'est pas détruite par la transformation; les Proculien, au contraire, considérant que la transformation équivaut à la destruction, à la perte de la chose, que par suite l'ancienne matière a été anéantie, et que la chose nouvelle n'appartient à personne, décidaient en faveur du créateur de la *nova species*.

Telles étaient les deux doctrines absolues, qui partageaient les jurisconsultes. Entre elles se glissa une opinion intermédiaire qui fit la part de l'une et de l'autre en distinguant si la chose nouvelle pouvait être ramenée à sa forme primitive. Justinien adopta ce système éclectique, admis déjà par Paul (L. L. 24 et 26 pr. De acq. rerum dom. XLI. 1).

Une application de la même idée apparaît dans la loi 48, § 7 De furt. Ulpien met en scène un voleur qui a vendu la chose qu'il a volée, et l'argent qu'il tire de cette vente, lui est enlevé par le propriétaire. Y a-t-il lieu à donner contre ce dernier l'action *vi*

bonorum raptorum ? Ulpien décide pour l'affirmative parce que le produit qu'on se procure avec une chose volée ne peut être considéré comme *res furtiva*. En cette hypothèse, c'est l'opinion procu-lienne qui prévaut.

Que dire maintenant des fruits produits par la chose volée ?

Les possesseurs de mauvaise foi doivent restituer avec la chose elle-même, tous les fruits (L. 22 Co. De rei vind. III. 32). Ainsi, pour eux et le voleur, certes, est du nombre, point de distinction, suivant que les fruits ont été perçus avant la *litis contestatio* ou postérieurement, distinction qui s'applique au possesseur de bonne foi. Celui-ci, en effet, n'est pas soumis à la restitution parce qu'ayant cru sienne, la chose qu'il possédait, il a consommé les fruits comme un propriétaire a l'habitude de faire ou il en a dépensé la valeur. Dans la crainte de l'appauvrir, on ne l'oblige pas à restituer ; cette obligation n'apparaît qu'à partir de la *litis contestatio*, car la demande exercée contre lui doit le tirer de l'erreur dans laquelle il se trouvait au sujet de la propriété qu'il croyait avoir, et lui faire conserver les fruits d'une chose qu'il devra rendre au vrai propriétaire. Quant au voleur, il n'a pas d'illusion sur la propriété de la chose qu'il a enlevée ; il sait qu'elle appartient à autrui. Aussi, du jour où sa possession a commencé date son obligation de restituer les fruits. Même, il doit rendre ceux que par sa faute il a négligé de percevoir. La restitution comprend encore les acquisitions qui,

sans être des produits de la chose, s'y rattachent comme les legs recueillis par l'intermédiaire de l'esclave volé ou les bénéfices procurés par l'usage de la chose dont le voleur se sert lui-même, et qu'il ne loue pas pour recevoir un loyer (L. L. 20 et 64. 6. 1). Cette restitution pour les fruits antérieurs à la *litis contestatio* se faisait au simple, le doublement n'ayant été établi que sous le Bas-Empire, par une constitution de Valens et Valentinien. Mais ceux perçus dans l'intervalle qui séparait la *litis contestatio* du jugement étaient restitués au double (Paul I. 13, § 8. V. § 2). Cette mesure rigoureuse qui semble remonter au XII tables se maintint dans le droit classique jusqu'à Justinien.

Nous devons parler aussi du part de l'esclave volée qui a accouché dans la maison du voleur. L'enfant est lui-même *res furtiva*. Et dans la loi 11, § 2 (De publ. in rem act. VI. 2) Ulpien assimile au part de l'esclave le croît des animaux. Il signale cependant une différence tenant à ce que le croît des animaux est considéré comme fruit, tandis que le part de l'esclave ne l'est pas. Si le poulain de la jument volée, au moment où la revendication est exercée par le propriétaire dépouillé, se trouve entre les mains du voleur, il est évidemment compris dans la restitution, puisque le voleur n'est pas apte à faire siens les produits de la *res furtiva*. Il faut en dire autant s'il s'agit du part de l'esclave. Mais supposons qu'au jour où l'instance est engagée, le croît de l'animal volé est possédé par un

acquéreur de bonne foi, Ulpien distingue suivant que la cavale était chez le voleur ou chez le possesseur de bonne foi, lors de la conception. Dans le premier cas, le poulain est *res furtiva*, même s'il a pris naissance chez le possesseur de bonne foi. Dans le second, il est devenu sa propriété, en vertu de la règle qui lui attribue la propriété des produits de la chose possédée de bonne foi (L. 11, § 2. VI. 2).

Paul n'admet pas cette distinction, et son opinion, plus conforme aux principes, a prévalu. En effet, pour l'acquisition des fruits, on ne s'attache qu'au moment de la perception et dans l'espèce, on ne doit considérer que l'époque de la naissance du croît sans tenir compte autrement de celle de la conception. (L. 48, § 2. 41. 1).

Si au contraire nous supposons qu'il s'agisse du part de l'esclave, celui-ci, n'étant pas classé parmi les fruits, ne peut s'acquérir par la perception, et c'est là la différence que relatait Ulpien. L. 11, § 2 in fine.

Le part de l'esclave s'acquiert par usucapion. Si donc il est entre les mains d'un possesseur de bonne foi quand le voleur est poursuivi en restitution de l'esclave volée, et que le laps de temps requis pour que l'usucapion soit accomplie, est écoulé, le propriétaire de l'esclave volée n'aura plus aucun droit sur le part. Mais si, au contraire, l'usucapion n'est pas parfaite, le possesseur de bonne foi sera soumis à l'action de propriétaire. Ici,

nous admettrons la distinction proposée par Ulpien concernant l'époque de la conception.

Le vice de la chose volée s'efface par son retour aux mains et en la puissance du propriétaire. Mais il faut qu'il la reprenne comme sienne, en vertu de son droit qui n'a pas cessé d'exister et non par suite d'une donation ou d'un contrat à titre onéreux ; sinon le vice n'est pas purgé, et la chose vintelle à tomber entre les mains d'un tiers de bonne foi ne serait pas encore susceptible d'usucapion (L. 86. De furt.).

Du reste, le propriétaire est censé avoir recouvré sa chose, aussitôt qu'il a eu la facilité de la revendre (L. 215. De verb. sign. L. 16). Il en est ainsi encore au cas où à son insu la chose qu'il avait donnée en dépôt a été vendue, puis rachetée et replacée dans la même condition où elle était, ou si par une circonstance quelconque, au lieu de l'objet volé lui-même, il en a reçu le prix ; dans tous ces cas, la chose pourra être usucapée et le vice résultant du *furtum* est éteint (L. 4, §§ 7, 10, 13. 41. 3).

FIN

DE LA RÉCIDIVE

DE LA RÉCIDIVE

INTRODUCTION

La récidive est le fait d'un individu qui, après avoir été condamné pour une infraction à la loi pénale, commet une nouvelle infraction punie, dans certains cas, d'une répression plus sévère, à cause de l'inefficacité de la première condamnation.

Récidive vient du mot latin *recidere*, retomber. Cette expression, dans son sens grammatical, signifie rechute, et dans son sens juridique, rechute précédée d'une condamnation antérieure.

C'est l'existence de cette condamnation qui sépare la récidive de la réitération. Dans cette dernière il y a pluralité de délits ; dans la première il n'y a qu'un seul délit à punir.

Mais comment ce délit doit-il être puni ?

L'aggravation pénale dont il est l'objet est-elle légitime ? C'est ce qu'il nous faut rechercher.

Pour justifier la théorie du Code en matière de récidive, nous allons examiner quelle est la base du droit de punir et les caractères que doit revêtir la peine infligée par la société.

Plusieurs systèmes se sont produits sur l'origine du droit de punir ; nous allons les passer en revue successivement.

Le premier système fut soutenu par Beccaria. La littérature du XVIII^e siècle lui fournit plusieurs défenseurs dont le plus éloquent fut Jean-Jacques Rousseau.

Ce système reconnaît à chaque individu, dans un état qui aurait précédé la formation en société, le droit de punir. Or le droit exercé par la société « ne serait autre que ce même droit individuel dont les membres politiques ont fait au pouvoir social une cession expresse ou tacite. » (1).

Aujourd'hui l'hypothèse d'un contrat social primitif ne rencontre plus de partisans. On admet en effet unanimement que le point de départ du système est faux. On rejette l'idée d'une convention qui aurait mis fin au prétendu état de nature, et l'on proclame que la sociabilité est un besoin de l'homme, dont l'état naturel, disons mieux, l'état nécessaire est la société.

(1) Rossi. Traité de droit pénal. I, chap. X.

Mais le système d'un pacte social ne désarme pas.

Si ce n'est point de la collection des droits que chaque individu avait à l'encontre des autres, que la société tire le droit de punir, dit une autre théorie, c'est des droits que les individus ont cédés sur eux-mêmes, en échange des avantages que l'association doit leur procurer.

Ce droit de se punir soi-même, existe-t-il ?

Nos adversaires au lieu de le démontrer, le supposent établi. Or nous reconnaissons bien à celui qui a failli le droit de se repentir et de s'amender, mais où prendre le droit de se mutiler ou de se donner la mort en vue d'une expiation ? Cette hypothèse nous semble bien voisine du suicide. Dire que l'homme a le droit de se punir, « c'est confondre le pouvoir de se faire du mal avec le droit de punir. » (1).

Un troisième système trouve le fondement de ce droit dans un droit de défense appartenant en propre à la société.

Aux yeux de ses partisans, la société est une loi de la nature humaine ; ayant le droit de vivre, elle a le droit de se conserver et de se défendre. Dans ce but, elle édicte des lois qui atteindront le malfaiteur qui l'attaque. Son droit de défense n'est donc plus comme le droit de défense individuel ; la société se protège en prévenant les nouveaux crimes. Elle ne s'adresse pas au passé, ni au présent, mais à

(1) Rossi. Loc. cit.

l'avenir. Elle tend à détourner du crime ceux qui seraient sur le point de faillir, et à prévenir le retour de ceux qui ont déjà failli.

« On ne corrige pas celui qu'on pend, disait Montaigne ; on corrige les autres par luy. » (Essais., liv. II, chap. VIII).

Ce système a été défendu par MM. Lucas, Comte, (Traité de législation, t. I, p. 153) et Rauter.

Il a le tort de ne pas justifier l'idée de défense qui lui sert de base. En effet, de quoi la société se défend-elle en punissant ? D'un mal présent ? Est-ce contre le criminel qui l'a troublée ? Non ! c'est contre un malfaiteur possible, pour un fait qui n'arrivera peut-être que dans un long espace de temps. Or ce n'est pas là une défense, puisque le mal qu'on punit est consommé. C'est faire violence à l'acception usuelle des mots que d'appeler défense une simple mesure de prévoyance et de sûreté. Cette doctrine, à notre avis, conduit fatalement à l'exagération des pénalités. Plus une peine sera sévère, plus grand aussi l'effroi imprimé, plus efficace l'intimidation. Et la loi qui frappe en vue du retour éventuel des crimes, devra déployer plus de rigueur contre les crimes ordinaires, qui sont de nature à se reproduire plus souvent, que contre des crimes qui, plus odieux, constituent d'horribles exceptions.

Ainsi l'assassinat sera soumis à un châtiment plus dur que le parricide. Cette conséquence logique du système que nous combattons fait voir à quelles bizarreries il entraîne.

Nous arrivons au système dit de justice absolue.

Ce fut le philosophe Kant, qui, attribuant au pouvoir social les droits de Dieu dont il est une sorte d'incarnation, voulut que ce pouvoir punit tout mal moral, sans distinction entre celui qui portait atteinte à la société et celui qui n'avait pas ce caractère.

Ce système exigerait pour son application équitable l'infailibilité chez le représentant du pouvoir social, afin d'imposer l'expiation à tous les actes contraires à la loi morale et de récompenser tous les actes conformes à cette loi. Or, que d'actes échapperont au contrôle du pouvoir social, étant donnée la faiblesse de la nature humaine. De quelle manière au reste s'exercerait-il, ce contrôle ? Intéressé à savoir tout ce qu'on fait et tout ce qu'on pense, le pouvoir aboutirait nécessairement à une tyrannique inquisition par le cumul de l'autorité religieuse et de l'autorité sociale.

Nous verrons plus tard que la raison d'être et la mesure du droit de punir consistent dans l'intérêt bien entendu de la société. Il existe donc des actes qui, bien que répréhensibles au point de vue de la stricte justice, échappent néanmoins aux atteintes du pouvoir social, parce qu'ils ne compromettent pas la société.

Ici se présente le système fondé tout à la fois sur l'idée de justice morale et l'idée de justice sociale.

Il s'analyse en trois propositions.

1° Le pouvoir social n'a pas le droit de punir toute violation de la loi morale.

2. Il ne peut punir qu'un acte contraire à la loi morale.

3. Il faut que cet acte lèse en même temps les intérêts de la société.

Nous n'avons rien à dire de la première proposition dont la justesse ressort de la réfutation du précédent système.

Par la seconde proposition le système éclectique se rapproche de la doctrine de Kant. Il suppose que Dieu a délégué au pouvoir social le droit d'exercer une partie de sa justice et que celui-ci peut appliquer la loi morale quand son application offre de l'utilité pour la société.

Mais comment expliquer ce mandat? N'est-il pas des cas où la justice divine peut être satisfaite d'une expiation du coupable et où pourtant la société réclame un châtement? Il faudrait donc vérifier si le représentant suprême de la justice morale n'a pas agi d'ores et déjà, s'il n'a pas châtié le coupable (1). Le système éclectique sera donc très embarrassé dans l'application de la peine. Il n'a aucun moyen d'apprécier avec certitude l'étendue d'expiation que la loi morale impose. Du reste, il s'écarte parfois de ce principe et admet que le législateur peut légitimement punir des faits qui ne sont qu'indirectement contraires à la loi morale (2). Le fait de violer une consigne, un règlement sani-

(1) Faustin-Hélie, *Introd. au droit pénal de Rossi*.

(2) *Revue Française*, septembre 1828. Article du duc de Broglie.

taire, reçoit une sanction de la loi pénale, mais parce qu'il est contraire à l'intérêt social. Ainsi, en vue de justifier les peines dont les délits de ce genre sont punis, le système éclectique adjoint à la première idée de justice morale celle d'utilité sociale.

Nous arrivons enfin au dernier système qui considère le droit de punir comme la sanction du droit de commander.

La différence qui le sépare du système éclectique est qu'il ne renferme pas la pénalité sociale dans les limites inconnues de l'expiation due à la loi morale.

Mais, dit M. Bertauld, « que la justice humaine soit soumise à des conditions et à des règles, c'est ce que nous proclamons avec l'école éclectique ; nous subordonnons la légitimité du commandement, à la double condition qu'il n'enfreigne pas la loi morale, et qu'il ait un intérêt social pour fondement ; mais la légitimité de la sanction n'a, pour nous, d'autre limite que la limite de l'intérêt de la société, apprécié par la raison publique dont le pouvoir est l'interprète. » (1).

Le point de départ de ce système est le suivant. La société, qui est l'état naturel de l'homme, implique l'existence d'un pouvoir dont la mission est de présider au développement normal et régulier de l'association qui l'a choisi. Ce pouvoir peut

(1) Cours de Code pénal. P. 639.

édicter des peines pour assurer l'exécution des lois et garantir les droits de chaque individu.

Ce système admet, avec raison, suivant nous, que le pouvoir n'est pas une délégation de Dieu, mais une institution inhérente à l'état de société et qui puise sa légitimité dans la plus décisive des justifications ; la nécessité. « Où tout le monde peut faire ce qu'il veut, dit Bossuet, nul ne peut faire ce qu'il veut ; où il n'y a point de maître, tout le monde est maître ; où tout le monde est maître, tout le monde est esclave. »

En effet, les membres de l'association pour lesquels la société n'est qu'un moyen et non un but ont des droits inaliénables qu'un pouvoir légitime et conforme à la raison devra faire respecter. C'est précisément par le souci scrupuleux de ces droits qui se résument en un seul, la liberté, que le pouvoir dont nous parlons se distinguera de la tyranie.

Chaque individu doit être à même d'utiliser les facultés qu'il a reçues en partage, et de les développer dans une mesure compatible avec l'existence de la société. Telle est la mission du pouvoir de déterminer sagement les restrictions à apporter à la liberté individuelle, restrictions nécessitées par l'intérêt social, et de les sanctionner par des pénalités. La mesure que dans ces restrictions le pouvoir doit observer est celle qui lui prescrit de ne pas commander ce que la loi morale défend et à l'inverse de ne pas défendre ce qu'elle commande.

Les intérêts de la société ne réclament jamais d'actes immoraux.

S'il n'en était ainsi, la loi de la sociabilité qui régit les hommes serait en contradiction avec les autres lois de Dieu. Etant reconnu ce droit de commander, il résulte avec évidence que le pouvoir, afin de remplir avec efficacité sa mission, doit avoir aussi le droit de punir qui n'est que la sanction nécessaire à l'exécution des commandements.

Voilà le système qui nous a paru le plus pratique et le plus propre à expliquer les pénalités édictées par le Code. Il a été soutenu avec éclat par M. Bertauld, et nous sommes heureux de pouvoir nous mettre à l'abri derrière ce nom si justement honoré.

Ayant ainsi établi l'existence du droit de punir examinons le but que la société se propose en infligeant une peine.

Elle veut instruire, amender et maintenir l'ordre social.

Elle veut instruire, car l'exemple du châtiment rend l'instruction plus frappante et plus sensible. Ce que la publication de la loi ne fait que d'une manière parfois incomplète, la punition imposée le fait d'une façon plus effective en attirant l'attention de la multitude.

Elle veut amender. La peine doit produire la régénération du coupable par les remords qu'elle provoque et la crainte de l'encourir à nouveau.

Le but désirable serait que le coupable vît désormais dans la loi pénale, non-seulement un avertissement, mais un précepte obligatoire indépendamment de toute peine immédiate.

Nous verrons plus loin si le système actuel de répression permet d'obtenir ce but, et les modifications qu'on peut désirer y voir apporter.

Elle veut maintenir l'ordre social, et la peine tendra à imprimer une intimidation salutaire et préservative pour l'avenir.

Ces développements nous permettent d'aborder notre sujet.

Si le résultat que vise la société n'est pas réalisé; si l'individu après l'accomplissement de sa peine ne s'est pas corrigé; qu'au contraire il se rend coupable d'une infraction nouvelle, n'est-on pas en droit de voir dans cette récidive le symptôme d'une perversité plus grande du délinquant, et d'un danger plus menaçant pour la société?

De là, nécessité d'une répression plus sévère.

Donc légitimité de l'aggravation pénale en cas de récidive.

Des auteurs ont critiqué cette manière de voir : citons l'un des plus autorisés :

« Les individus qui se rendent coupables, par récidive, de crimes ou délits, ne peuvent inspirer sans doute aucune pitié; mais il faut être juste envers ceux même qui ne sont dignes d'aucune faveur; et peut-on dire qu'il soit dans les principes d'une exacte justice de leur appliquer une peine plus sévère que celle qu'ils ont encourue par le genre de crimes dont ils se sont rendus coupables. S'ils ont commis un premier crime, ils en ont été punis. Leur infliger une nouvelle peine à raison de ce crime, n'est-ce pas violer ouverte-

ment à leur égard le « non bis in idem » qui fait l'une des bases fondamentales de toute législation en matière criminelle ?

« D'une autre part, la peine du crime ne peut être aggravée qu'à raison des circonstances qui s'y rattachent, qui lui sont concomitantes, et qui en font un tout indivisible. Que les tribunaux fussent tenus, dans le cas de récidive, d'appliquer au maximum la peine du crime qui aurait été commis, ce serait faire tout ce que l'on pourrait, en respectant les principes, dont il est toujours dangereux de s'écarter. » (1).

Ce n'est pas faire double emploi, répondrons-nous, que tenir compte de la peine subie autrefois pour l'application de la peine nouvellement encourue. Ce qui serait violer la maxime « non bis in idem, » ce serait faire entrer la première dans la mesure de la seconde. Mais ici que faisons-nous ? Nous prenons en considération le premier châtiment, parce que son inefficacité révèle l'endurcissement du coupable, le danger qu'il fait courir à la société, et, par suite, la nécessité qui s'impose d'une punition plus rigoureuse à son égard.

Et l'on ne peut dire que l'aggravation résulte d'une circonstance étrangère au fait incriminé. Elle provient de « circonstances qui se rattachent à l'infraction. » Pour saisir la justesse de cette proposition, il faut remarquer qu'une infraction

(1) Carnot. Commentaire du Code pénal, t. 1. Voir aussi M. Hercule-Bourdon. Revue de législation, 1836.

comprend des éléments matériels et des éléments moraux. Les premiers sont toutes circonstances inhérentes au fait, et les seconds tous faits se rapportant à l'individu, comme ses antécédents et son caractère. Du reste, si l'on reconnaît à l'accusé le droit de se prévaloir devant ses juges, pour obtenir leur indulgence, de l'honorabilité de sa vie passée et de sa bonne conduite antérieure, pourquoi refuser à la société qui le poursuit le droit de mettre au jour ses turpitudes et ses crimes ?

On nous oppose encore d'autres objections que nous allons résumer :

1. Si la récidive est une circonstance aggravante, une double récidive accusant une perversité plus grande est plus aggravante encore et devrait être punie plus sévèrement. La sévérité devrait croître en proportion du nombre des récidives. En effet, il faut punir l'habitude vicieuse qui se traduit par des récidives ou ne pas la punir du tout.

R. — Ce raisonnement trop mathématique conduit directement à l'exagération de la pénalité. En le suivant de près, on arriverait à l'application de peines en disproportion évidente avec la gravité intrinsèque du délit, violant ainsi l'antique adage ; « *Lex commensurari delicto debet.* » (L. 11, De pœnis). Car si la loi a égard à la criminalité de l'agent, ce qu'elle considère surtout, c'est la criminalité inhérente à l'action.

2. La mesure du châtiment doit être le préjudice

causé et non le degré de méchanceté dans l'intention. Or dans la récidive, on apprécie le degré de perversité du coupable, on fait de la morale et non du droit.

R. — Notre réponse est facile. Si l'on tient compte de la perversité du coupable, c'est qu'elle se traduit par son mépris croissant de la loi, son audace plus grande et le préjudice qu'il cause à la société. Celle-ci a plus à craindre d'un criminel endurci que du coupable qui succombe pour la première fois.

3. La société a le droit de grâce ; par conséquent elle n'est pas tenue à une stricte rétribution, à la justice absolue. Ce n'est donc pas en vertu de ce principe qu'on peut réclamer un surcroît de sévérité dans la peine contre le récidiviste.

Autrement le législateur serait mille fois en défaut, particulièrement quand il laisse cumuler les délits sans cumuler les peines.

R. — L'objection ne nous atteint pas. Nous avons vu que le double fondement de la récidive était la perversité plus grande de l'agent et le trouble qu'il causait à la société. Quant au reproche d'injustice relatif au non-cumul des peines pour le cumul des délits, il tombe devant cette considération que la société est responsable en partie des délits dont l'impunité a encouragé le délinquant.

4. On punit l'excès de perversité dans la récidive. Or cet excès est imaginaire. En effet, tel individu qui commet un premier délit peut être pas-

sible déjà du maximum de la peine, tandis que le second délit, s'il était seul, ne serait passible que du minimum. Or c'est là un amendement.

R. — L'objection est spécieuse. Mais nous avons déjà fait remarquer qu'il ne faut pas seulement faire entrer en ligne de compte l'immoralité matérielle du fait, l'immoralité objective (1).

Voilà donc justifié ce principe de l'aggravation pour récidive, au point de vue philosophique et moral. Nous allons maintenant corroborer notre argumentation, en établissant que dans l'antiquité, dans notre ancien droit et dans la plupart des législations étrangères, ce principe est également consacré.

(1) Tissot. Droit pénal dans ses principes.

HISTORIQUE

« La proportion qui doit être entre les fautes et les peines, a dit Montesquieu, est comme l'âme des Etats et l'harmonie des empires. » (1).

Cette règle fut-elle connue et mise en pratique chez les peuples de l'antiquité? Nous ne saurions le dire, mais des documents sérieux nous montrent que la peine était plus forte à mesure que les fautes se multipliaient. Suivant Hérodote (2), les Perses faisaient entrer dans l'estimation de la peine la conduite passée du coupable. On ne saurait voir là l'application exacte du principe de la récidive, mais on peut en induire que les condamnations subies influaient sur l'étendue de la peine.

(1) Montesquieu, *Lettres persanes*, ch. III.

(2) I, p. 13.

Aristote (1) affirme aussi qu'en Grèce le délit devenait d'autant plus grave qu'il était plus souvent répété, et que la rechute méritait un châtement plus dur. Ainsi Platon décidait que celui qui, convaincu de chicane une première fois, retomberait dans la même faute, serait puni de mort.

Si nous passons à la législation romaine, nous trouvons plusieurs lois qui témoignent de l'existence à Rome du principe de l'aggravation pour récidive.

Ainsi le titre de Pœnis (L. 48, T. 19, D) contient un texte de Callistrate qui prononce une peine plus rigoureuse contre ceux qui retombent dans le même crime.

« Quod si ita correcti in eisdem deprehendantur, exsilio puniendi sint; nonnunquam capite plectendi; scilicet cum sæpius seditiose et turbulente se gesserint. »

De même au titre « de Jure Patronatûs », (37, 14) Ulpien visant un affranchi qui néglige les services qu'il doit à son patron, dit qu'on doit le laisser aller une première fois et le menacer d'un châtement pour le cas où il se rendrait coupable à nouveau.

Les punitions dont il est passible, en cas de récidive, sont sévères.

« Si contumeliam fecit, aut convicium eis dixit, etiam in exsilium temporale dari debebit. Quod si manus intulit, in metallum dandus erit. Idem et

(1) Rhet. ch. XIV. liv. I.

si calumniam aliquam eis instruxit, vel delatorem subornavit, vel quam causam adversus eos tentavit. »

Notre ancienne jurisprudence admet également la récidive. Les textes ne font pas de distinction bien catégorique entre la réitération et la récidive ; au point de vue criminel, cela était de peu d'importance, car les mêmes rigueurs s'appliquaient aux deux situations.

« Consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum et delinquentem acrius puniendi. »

L'habitude de mal faire est une circonstance aggravante et un motif d'augmenter de sévérité à l'égard du coupable (1).

Deux actes constituent cette habitude de mal faire : « Quod enim bis fit, frequenter fieri dicitur » (2). La peine peut changer de nature et, de pécuniaire qu'elle était, devenir, par la récidive, corporelle et même capitale.

L'habitude de mal faire fait reputer capital un crime qui ne l'est pas toujours.

« Consuetudo delinquendi facit delictum, alias non capitale, capitale reputari. »

La deuxième récidive était punie avec plus de sévérité que la première. « Gravius multo puniendus est qui ter delinquit quam qui bis. » Le troi-

(1) Godefroy.

(2) Farinacius Quæst. 48, n° 16.

sième vol, quelque minimales que fussent ces délits, pouvait entraîner la peine de mort (1).

Ces principes n'étaient pas consacrés législativement ; l'application des peines est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des juges.

Voici ce que dit Jousse à ce propos : « Les juges sont tellement maîtres d'arbitrer la peine suivant l'atrocité du crime, qu'ils peuvent prononcer la peine de mort, si ce crime est de nature à mériter cette peine, quoiqu'elle n'ait pas été établie par la loi. » (2). Quelques textes mentionnaient cependant le principe de la récidive ; par exemple, la coutume de Bourgogne, art. 6. Nous citerons encore la coutume de Bordeaux, art. 113, chap. XII.

La déclaration du 4 mars 1724 infligeait la peine des galères à « ceux qui après avoir été condamnés pour vol (crime passible du fouet) étaient convaincus de récidive en crime de vol, et la peine de mort à ceux qui, après avoir été condamnés aux galères, se rendaient coupables de récidive, en crime méritant peine afflictive. » (3).

Nous devons rappeler que la récidive frappait l'agent de déchéances particulières.

C'est ainsi qu'au lieu d'être jugé par les tribunaux ordinaires des baillis ou sénéchaux, le récidiviste était déféré à la juridiction militaire des

(1) Farinacius Quæst. 18, n° 19.

(2) Just. Crim. T, 1, P. 601 et suiv.

(3) Collection des lois anciennes, t. 21, p. 260.

prévôts des maréchaux, dont la sévérité était inflexible. Cette rigueur émanait d'une ordonnance royale de Louis XIV. Du reste la spécialité de juridiction pour les récidivistes tirait son origine du droit canonique. A une époque bien antérieure à Louis XIV, les Décrétales avaient soumis ceux qui falsifiaient les bulles du Pape, après une première condamnation de ce chef, à toute la sévérité de la justice séculière.

Une mesure plus rigoureuse encore fut édictée contre les récidivistes, par une ordonnance de Louis XIV, d'août 1670, d'après laquelle ils étaient, à l'égal des vagabonds et des gens sans aveu, jugés sans appel.

La perte des droits civiques était une conséquence forcée de l'état de récidiviste. Elle remplaça l'asservissement qui avait existé dans les premiers âges de notre législation, et qui n'était qu'un souvenir du droit romain.

Pour constater l'idendité des récidivistes, l'ancien droit avait adopté la marque, qui, outre l'indice d'une première condamnation était aussi une flétrissure.

A l'origine, la marque consistait dans la mutilation d'un membre ou du visage. Plus tard, ces amputations furent remplacées par une empreinte avec un fer chaud. Dans le cas de récidive, on gravait sur la figure, et le plus souvent sur une partie non apparente du corps, la lettre R ou la lettre W. « Les droits canons défendent que nul

ne soit signé au visage, qui est à la semblance et image de Nostre-Seigneur Jésus-Christ. » (1).

Le système de répression usité sous l'ancienne monarchie a disparu au premier souffle de la Révolution. L'effet de la récidive commença à être précisé et déterminé d'une manière générale pour toutes les infractions d'une même gravité et cessa de varier, comme jadis, avec chaque délit particulier.

Nous trouvons en première ligne, dans la période du droit intermédiaire, le Code pénal de 1791.

Il ne s'occupe de la récidive qu'en ce qui concerne les crimes. Son système est tout nouveau. La récidive ne modifie plus la peine dont la loi punit la seconde infraction, mais la peine une fois exécutée, le condamné est transféré pour le reste de sa vie au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs. (Tit. 2. Art. 1^{er}). Cette règle ne supporte qu'une exception, au cas où les peines infligées aux deux crimes étaient la dégradation civique ou le carcan ; ces deux peines étaient remplacées par deux années de détention. Quant aux délits et aux contraventions, la loi du 22 juillet s'en était occupée déjà. Cette loi avait eu en vue l'organisation d'une police municipale et correctionnelle. Les délits et contraventions, commis en récidive, étaient renvoyés devant la juridiction supérieure, et la peine était généralement doublée. Dans quelques cas la contravention est, par une première réci-

(1) Bouteiller. Somme rurale, 1, II, t. 40 p. 866 et 871.

dive, transformée en délit et par une seconde, en crime. (T. 1^{er}, art. 22 et 23. Tit. 2, art. 4).

Le Code du 3 Brumaire, an IV, ne contient aucune disposition relative à la récidive en matière de crimes et délits. L'art. 607 relatif aux contraventions disait, qu'en cas de récidive, les peines suivaient la proportion réglée par les lois du 19 juillet et 28 septembre 1791. L'art. 608 décidait encore que, pour qu'il y eût récidive en fait de contravention de simple police, il fallait que le premier jugement eut été rendu, pour pareil délit, dans les 12 mois précédents, et dans le ressort du même tribunal de police.

La loi du 25 frimaire an VIII, afin d'établir une plus juste proportion entre les peines et certains délits, soumit désormais à des peines correctionnelles des vols qui avaient jusqu'alors été punis de peines criminelles. Mais ces faits, s'ils étaient commis en récidive, retombaient dans la compétence des juridictions criminelles. Cette aggravation de juridiction ne s'appliquait d'ailleurs que si la seconde infraction était commise dans les 3 ans, à partir de la première condamnation.

Nous avons vu que le Code pénal de 1791, dans le cas de crimes commis en récidive, décidait que les condamnés seraient, après l'exécution de leur peine, transférés dans le lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs. Or cette déportation ne fut pas organisée ; elle se résolvait de fait en détention, de sorte qu'après le délai écoulé, les condamnés étaient remis en liberté. Pour arriver à cons-

tater l'identité des récidivistes, la loi du 23 floréal an X édicta contre eux la peine de la flétrissure, au lieu de la déportation. « Le laps de quelques années ou des évasions trop communes, disait Berlier au corps législatif, replacent au milieu des citoyens les incorrigibles artisans de crimes, sans qu'il puissent être utilement signalés. » Et, ajoutait M. Jaubert, « il importe qu'à tout instant l'identité des récidivistes puisse être constatée. C'est dans cet objet que le projet substitue la flétrissure de la marque à la déportation. » Ce système subsista jusqu'à la promulgation du Code pénal de 1810.

Ainsi nous avons terminé avec l'historique de la récidive dans notre ancienne jurisprudence ; il nous reste à voir la consécration que les législations européennes ont, de leur côté, faite de ce principe. En général, pour que les lois étrangères prononcent une aggravation de peine à raison de la récidive, il suffit, comme en France, qu'une première peine devenue définitive ait été prononcée. Quelques-unes tiennent compte du temps écoulé entre la première et la seconde faute. A Berne (1),

(1). Art. 64. Il n'y a ni récidive ni aggravation de la peine : En cas de crime, lorsque depuis le jour où le condamné aura subi sa peine criminelle ou correctionnelle jusqu'à celui du nouveau crime il s'est écoulé un laps de temps de 10 années. En cas de délit, lorsque depuis le jour où le condamné aura subi sa peine (criminelle ou correctionnelle) jusqu'à celui du nouveau délit il s'est écoulé un laps de temps de cinq années.

à Zurich, après 10 ans pour les crimes et cinq ans pour les délits, il n'y a pas de récidive. Il en est de même, 10 ans après la première condamnation en Portugal (1), en Norwège, en Roumanie (2) en Danemark (3) et dans plusieurs cantons suisses. En Prusse (4), l'état de récidive cesse également au bout d'un certain temps, mais le délai varie.

(1). Art. 85. Nous donnons une traduction imparfaite de cet article La récidive existe quand l'agent ayant déjà été condamné par une sentence passée en force de chose jugée commet une infraction de **même nature**, dans les dix ans à compter de la première condamnation.

(2). Art. 45 et 46. La récidive est prescrite, quand il s'est écoulé dix ans entre l'achèvement de la peine précédente et la second crime ou délit.

(3). Art. 61. Lorsque la loi établit pour la récidive d'un délit une peine plus forte que la peine ordinaire, cette peine plus forte ne pourra cependant être appliquée au coupable, à moins qu'il n'ait été condamné par les tribunaux danois pour le premier délit avant d'être tombé en récidive, et qu'il n'ait commis ce délit après avoir accompli sa 18^e année.

Si, depuis l'expiration de la première peine, il s'est écoulé un espace de 10 ans avant que le nouveau délit ait été commis, au lieu des dispositions sur la récidive, on appliquera les règles générales de l'article 57.

(4) En Prusse la récidive n'existe qu'exceptionnellement et pour cinq infractions, le vol, la rapine, le recel, l'escroquerie et la mendicité.

Art. 244. Quiconque, ayant été condamné par un tribunal de l'Allemagne soit pour vol avec ou sans violences, soit pour un fait assimilé au vol avec violence, soit pour recel, se sera rendu coupable d'un crime ou délit de

La plupart des codes étrangers n'admettent que la récidive d'identité, ou au moins la récidive en cas de crimes ou délits de même nature. Tel est

cette espèce, sera condamné, s'il s'agit d'un nouveau vol simple (art. 242) à la peine de la réclusion pendant 10 ans au plus, et s'il s'agit d'un vol qualifié (art. 243) à deux ans au moins de réclusion.

En cas de circonstances atténuantes, la peine sera de 3 mois d'emprisonnement au moins, à l'égard des vols simples, et d'un an d'emprisonnement au moins à l'égard des vols qualifiés.

Art. 245. Les dispositions de l'article 244 seront appliquées, même lorsque les peines antérieures n'auront été subies qu'en partie seulement ou que remise en aura été faite pour tout ou pour partie ; mais elles ne seront point appliquées s'il s'est écoulé un laps de temps de 10 ans entre l'époque où la dernière peine aura été subie ou remise et celle où le nouveau vol aura été consommé.

Art. 250. § 5. Sera puni de 5 ans de réclusion au moins le coupable de rapine qui aura déjà été condamné par un tribunal allemand pour le même fait ou pour un crime assimilé à la rapine. Les dispositions de l'article 245 sont applicables. En cas de circonstances atténuantes, la peine ne pourra être au-dessus d'un an d'emprisonnement.

Art. 261. Quiconque, ayant été condamné par un tribunal de l'Allemagne comme recéleur, aura ensuite été puni une seconde fois pour un crime ou un délit du même genre, sera puni de deux ans au moins de réclusion en cas de nouveau recel commis à la suite soit d'un vol qualifié, soit d'une rapine ou d'un crime assimilé à la rapine. En cas de circonstances atténuantes, la peine ne pourra être inférieure à un an d'emprisonnement.

Lorsque le recel aura lieu à la suite d'une autre infraction, la peine sera celle de la réclusion pendant dix ans au plus.

l'état de la législation en Autriche (1), en Grèce (2), en Hollande, en Prusse (3), en Suède, en Norwège, en Serbie (4) et dans presque tous les cantons suisses.

En cas de circonstances atténuantes, la peine sera de trois mois d'emprisonnement au moins.

Les dispositions de l'article 245 seront applicables.

Art. 264. Celui qui, après avoir été condamné par un tribunal allemand pour escroquerie, aura ensuite été puni une seconde fois pour un délit du même genre, sera, en cas de nouveau délit d'escroquerie, condamné à la réclusion, pendant 10 ans au plus, et en outre, à une amende de 50 à 2.000 thalers (187 fr. 50 à 7.500.) En cas de circonstances atténuantes, trois mois d'emprisonnement au moins, amende au plus de 1.000 thalers, (3750 fr.)

Art. 245 applicable.

Art. 361. § 4 (contraventions.) Seront punis des arrêts, (privation de la liberté d'un jour à six semaines) ceux qui se livrent à la mendicité, provoquent des enfants à la mendicité ou les envoient mendier, ou ceux qui négligent de détourner de la mendicité des personnes soumises à leur puissance et surveillance et vivant avec eux.

Art. 362. § 2. Dans le cas du § 4. Art. 361. la mise sous la surveillance de la haute police ne pourra être prononcée contre le condamné que lorsque, dans le cours des trois dernières années, il aura été plusieurs fois condamné pour la même contravention en vertu de jugements passés en force de choses jugées.

(1). Art. 44. La récidive n'existe que pour le même crime, le même délit, la même contravention.

(2). Art. 111. Celui qui, déjà puni pour acte illégal, commet de nouveau le même acte, se constitue en état de récidive.

(3). Voir *suprà*, les articles rapportés.

(4). Art. 71.

Nous citerons comme faisant exception à cette manière de voir, les lois belges (1), russes (2). La

(1). Art. 54. Quiconque, ayant été condamné à une peine criminelle, aura commis un crime emportant la réclusion, pourra être condamné aux travaux forcés de dix ans à 15 ans.

Si le crime emporte les travaux forcés de 10 à 15 ans, le coupable pourra être condamné aux travaux forcés de 15 ans à 20 ans.

Il sera condamné à 17 ans au moins de cette peine, si le crime emporte les travaux forcés de 15 ans à 20 ans.

Art. 55. Quiconque, ayant été condamné à une peine criminelle, aura commis un crime puni de la détention de 5 ans à 10 ans, pourra être condamné à la détention de 10 ans à 15 ans.

Si le crime est puni de la détention de 10 ans à 15 ans, le coupable pourra être condamné à la détention extraordinaire.

Il sera condamné à 17 ans au moins de détention, si le crime comporte la détention extraordinaire.

Art. 56. Quiconque, après une condamnation à une peine criminelle, aura commis un délit, pourra être écondamné à une peine double du maximum porté par la loi contre le délit.

La même peine pourra être prononcée en cas de condamnation antérieure à un emprisonnement d'un an au moins, si le condamné a commis le nouveau délit avant l'expiration de 5 ans depuis qu'il a subi ou prescrit sa peine.

Dans ces 2 cas, le condamné pourra être placé, par le le jugement ou l'arrêt, sous la surveillance spéciale de la police pendant 5 ans au moins et 10 ans au plus.

(2). Art. 131. Au nombre des circonstances augmentant la faute et la peine appartiennent la récidive de ce même crime et l'accomplissement d'un autre crime après jugement et punition du premier, et le fait de retomber dans un nouveau crime, quand le premier non moins grave, avait été pardonné au coupable, par suite d'une grâce générale ou de l'indulgence spéciale du souverain.

loi anglaise (1) punit tantôt la récidive spéciale, tantôt la récidive absolue.

Il faut encore, dans presque tous les pays, que la première condamnation ait eu une certaine gravité. En Belgique, il faut un an de prison ; en Roumanie, un mois. Quand au mode d'aggravation, il varie beaucoup d'une législation à l'autre.

Les unes, comme celles de l'Autriche, du Danemarck et de la Grèce classent la récidive parmi les circonstances aggravantes et lui font produire la même élévation de peine. Les autres la punissent du maximum ou du double de la peine ou font monter cette peine d'un et quelquefois de deux degrés. Ainsi, en Norvège, chaque récidive élève la peine d'un degré sans pouvoir toutefois entraîner la perte de la vie.

Tel est en Europe l'accord à peu près unanime des législateurs à reconnaître et à punir la récidive.

Les nuances qui existent dans les différents pays ne constituent pas des questions de principe et n'offrent, par conséquent, que peu d'importance.

Cette unanimité des nations civilisées à ad-

(1). La récidive est spéciale en certains cas, par exemple, la « conviction » pour félonie, après une conviction antérieure pour félonie ; générale, dans d'autres cas, par exemple ; une conviction pour simple vol, après une conviction antérieure pour un *misdemeanour indictable* ; une conviction pour simple vol après deux convictions sommaires antérieures. (Yvernès. De la récidive et du régime pénitentiaire en Europe.)

mettre la récidive nous semble être un puissant argument en faveur de sa légitimité. Est-il possible qu'une idée, fausse dans son origine et son application, reçoive une consécration aussi générale? Si l'on en doutait, il faudrait désormais cesser de croire au bon sens, à la raison humaine.

Nous n'hésitons pas à proclamer la légitimité de la récidive, estimant qu'il importe au point de vue de la justice sociale que le coupable, qui est resté inaccessible aux influences du châtiment qu'il a subi, supporte une aggravation pénale devenue nécessaire.

Nous avons établi et proclamé pour la société le droit de punir, nous avons vu le but qu'elle se proposait en punissant et de là nous avons conclu à la nécessité de l'aggravation pénale en cas de récidive.

Nous allons maintenant dans un premier chapitre étudier les éléments qui constituent la Récidive; dans un second chapitre nous verrons dans quel cas le Code décide qu'il y a récidive. Enfin dans un Appendice nous examinerons les réformes que nécessitait l'organisation pénale sur cette matière et les avantages qu'offre le projet de loi présenté à la Chambre.

CHAPITRE I

DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA RÉCIDIVE.

Section I

DE LA NÉCESSITÉ D'UNE PREMIÈRE CONDAMNATION.

Il faut que la première infraction ait été suivie d'une condamnation. C'est une règle dont l'origine remonte au droit romain. Ainsi, nous lisons au Digeste, au titre *des Peines*: quod si ita correcti.... exsilio puniendi sint, nonnunquam capite plectendi. (L. 28, § 3.) Il fallait donc à Rome un châtiement dans le passé.

Au moyen âge, les docteurs discutèrent sur la nécessité d'une première condamnation. Quelque formel que fut le texte précité, Gomez soutint que la récidive n'avait pas pour fondement une condamnation précédente; mais Farinacius défendit victorieusement la thèse contraire dont il donne

du reste la raison. « Sine tali punitione reiterando delictum non possit dici incorrigibilis. » (1)

Il est en effet nécessaire qu'une condamnation soit intervenue pour qu'on puisse constater son inefficacité et par suite aggraver la peine, en cas de récidive. C'est cette condamnation dont l'influence a été nulle sur le coupable qui motive l'aggravation de la peine. Le Code Pénal consacre nettement cette manière de voir.

Il ne punit des peines de la récidive que les individus « ayant été condamnés » pour crime ou délit (Art. 56, 57).

Le code Napolitain était le seul code connu qui fit exception aux législations pénales des autres pays et n'exigeât pas l'existence d'une première condamnation pour établir la récidive.

Ce Code aggravait la peine du réitérateur, c'est-à-dire de l'individu qui, sans avoir subi une condamnation antérieure, s'était cependant rendu coupable d'un crime ou d'un délit.

Nous devons maintenant rechercher les caractères que doit réunir cette première condamnation.

Elle doit être définitive. Aucune voie de recours contre elle ne doit plus exister au profit du condamné. Ainsi il a été décidé par la cour suprême qu'un jugement contre lequel on s'est pourvu en cassation ne saurait servir de base à l'application des peines de la récidive, tant qu'il n'a pas acquis

(1) Quæst. 18. n. 9.

par le rejet du pourvoi l'autorité de la chose définitivement jugée (Arrêt. 20 Xbre 1833).

Il faut encore si le jugement était par défaut, qu'il ait été notifié au condamné, car on ne pourrait argumenter contre lui de l'inefficacité d'une peine qu'il eut ignorée.

Quand à l'arrêt rendu par une cour d'assises contre un contumace, comme il ne puise la force d'un arrêt définitif que dans la prescription, ce n'est qu'après ce laps de temps écoulé qu'il peut servir de base à la récidive.

Si, aux termes de l'art. 476 (Inst. crim.), l'accusé se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant la prescription accomplie, le jugement rendu par contumace étant anéanti cesse par conséquent de pouvoir servir de base à l'aggravation de la récidive.

Ici se présente une question dont la solution, certaine aujourd'hui, peut cependant offrir certains doutes, quant à sa légitimité. Nous nous demandons si, dans les jugements rendus par défaut ou par contumace, quand l'individu n'a pas fait opposition ou ne s'est pas présenté, la condamnation provisoire devenue définitive peut constituer en récidive?

En effet le motif de la récidive est la perversité plus grande du coupable qui a résisté à l'influence moralisatrice de la peine. Or dans l'espèce, la peine n'a pas été subie. De plus la condamnation a été prononcée sans que l'intéressé ait pu présenter sa défense; sans doute sa fuite est une présomp-

tion de sa culpabilité, mais pourtant l'avertissement solennel que la peine emporte a été moins instructif pour le contumace que pour un autre. De la distinction que nous cherchons à justifier la loi n'a tenu aucun compte. Elle place sur la même ligne tous les condamnés : le texte précis et net de l'art. 56 ne permet aucune discussion.

On ne peut non plus hésiter, quand le condamné a prescrit sa peine, à tenir compte pour la récidive de la première condamnation. Car la prescription, bien que formant un obstacle à l'exécution de la peine, n'efface pas la condamnation primitive.

C'était également dans l'ancienne jurisprudence l'opinion de Farinacius. « *Pœna augetur etiam propter antiqua delicta præscripta* » (1).

La même décision s'applique au cas de réhabilitation.

On a, il est vrai, soutenu que la réhabilitation fait cesser les effets de la condamnation, la récidive notamment. Cette opinion très respectable ne peut cependant tenir debout en présence de l'art. 634. (Inst. Crim.). Le Code Pénal de 1791 donnait à la réhabilitation le pouvoir de faire cesser tous les effets résultant de la condamnation ; mais notre article 634 moins absolu ne relève que pour l'avenir le condamné des effets de la condamnation. Or, l'aggravation résultant de la récidive est attachée à la seule condition d'une condamnation précé-

(1) Quæst, 23 n. 12.

dente; celle-ci n'étant pas effacée par la réhabilitation, les effets qu'elle produit *hic et nunc* subsistent et par suite une nouvelle infraction peut constituer le réhabilité en état de récidive.

Telle est la solution qu'impose le texte de la loi.

Des auteurs éminents la critiquent tout en l'adoptant. La réhabilitation, disent-ils, suivant l'ordonnance de 1760, remettait le condamné en ses biens et bonne renommée. Il était replacé au même rang que les autres citoyens et devenait, pour ainsi dire, un homme nouveau. Notre Code s'est inspiré de cette ordonnance. Pourquoi dès lors regarder comme un récidiviste le réhabilité qui commet une nouvelle infraction? L'ancienne est oubliée et la nouvelle ne doit plus être regardée comme le résultat de l'habitude mais comme un fait isolé; puisque c'est en récompense de sa bonne conduite qu'on lui a accordé le bénéfice de la réhabilitation.

La grâce ne détruit pas la condamnation et ne fait pas non plus obstacle à la récidive. Ce principe a été mis en lumière par une ordonnance de 1818, portant: « que les lettres de grâce accordées pour le premier crime, encore qu'elles aient fait la remise de la peine, ne dispensent pas de celle qui est encourue par la récidive; qu'en effet ces lettres n'ont ni éteint le premier crime, ni détruit la première condamnation et portent uniquement sur ses effets. »

Favard de Langlade a essayé d'établir une distinction, suivant que les lettres de grâce auraient

été expédiées avant toute exécution de la peine ou après. Dans le premier cas, elles empêcheraient que la condamnation servit de base à la récidive. Cette doctrine s'appuie sur une fausse interprétation donnée à un avis du conseil d'Etat du 8 janvier 1823, d'après lequel : « les lettres de grâce accordées avant l'exécution du jugement préviennent les incapacités légales et rendent inutile la réhabilitation. »

Du reste nous savons que toutes les fois que la condamnation n'est pas anéantie, comme dans l'hypothèse de la grâce, une infraction commise plus tard entraîne l'application des peines de la récidive.

Il en est autrement de l'amnistie, qui, remontant dans le passé, efface la condamnation de telle sorte qu'elle ne puisse plus servir de point de départ à la récidive. « L'amnistie, a dit la cour de cassation, porte avec elle l'abolition des délits, des poursuites et des condamnations, tellement que ces délits, couverts du voile de la loi, sont aux regards des cours et tribunaux, sauf les actions civiles des parties, comme s'ils n'avaient pas été commis. » (1)

Nous venons d'étudier la première condition à laquelle la loi subordonne le fait de la récidive; nous devons maintenant voir comment et par qui doit être établie l'existence de la condamnation antérieure.

L'existence de cette condamnation doit être établie dans le cours des débats qui précèdent la

(1) Cassation. 11 Juin 1825, S. I. 164

seconde condamnation. Si elle reste ignorée, le prévenu bénéficie de cette omission. Le tribunal ne saurait après avoir rendu son jugement ajouter la peine de la récidive à la peine déjà prononcée. Toute décision rendue sur une infraction met fin au pouvoir du tribunal et désormais il y a chose jugée sur le fait soumis à son examen.

Mais si le fait de la récidive est resté inconnu en instance et que le jugement soit attaqué, l'autorité de la chose jugée est anéantie et la cour saisie de l'examen de l'infraction tout entière dont la récidive est une circonstance concomitante. En conséquence, l'aggravation pénale qu'engendre cet état peut-être prononcée par la cour. Il résulte même d'un arrêt de la cour de cassation, que les juges d'appel sont obligés d'appliquer les peines de la récidive s'ils trouvent la preuve d'une condamnation précédente que le tribunal correctionnel avait ignorée. Ils ne peuvent se contenter de confirmer purement et simplement la condamnation. (1)

C'est à l'accusation qu'il incombe de faire la preuve.

Le plus ordinairement elle se fait au moyen d'un extrait de la première condamnation. L'art. 601 du Code d'Inst. Crim. prescrit des mesures destinées à faciliter les recherches du ministère public. Le greffier de chaque tribunal d'arrondissement doit, sous peine d'une amende de cent francs, en-

(1) Cass. 8 Fév. 1821, Jur. Gen. t. 11 p. 518.

voyer au ministère de la justice une copie des registres qu'il tient et sur lesquels sont consignés par ordre alphabétique tous les individus condamnés à un an d'emprisonnement correctionnel ou à une peine plus forte.

Une circulaire du garde des sceaux de 1850 a ajouté à l'efficacité de ces moyens par l'établissement dans tous les greffes civils d'arrondissements de casiers judiciaires où sont enregistrées toutes les condamnations criminelles ou correctionnelles subies par un individu.

Après une condamnation, le bulletin est envoyé et classé au greffe du tribunal de l'origine du prévenu, en sorte qu'il suffit désormais de connaître le lieu de naissance de celui-ci pour s'enquérir de ses antécédents judiciaires.

L'aveu du prévenu à l'audience peut-il à lui seul faire preuve de la récidive? Nous ne le croyons pas. Car l'aveu du prévenu ne peut suffire pour constater légalement un état dont les conditions constitutives sont réglées par la loi. Les juges peuvent exiger tel autre supplément de preuve qu'ils pensent convenable. Ainsi il a été décidé par la cour de cassation que la déclaration de l'accusé qu'il est en état de récidive, corroborée par l'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation peut établir suffisamment l'existence de la première condamnation, encore que l'arrêt n'en serait pas produit. (1)

(1) Cass. Bull. 1853. Arrêt du 1^{er} Avril.

Cependant la jurisprudence de la cour a varié sur ce point et d'autres arrêts semblent décider que nul mode de preuve ne pourrait suppléer à la production du jugement ou de l'arrêt contenant la première condamnation. (1)

La première solution donnée par la cour régulatrice nous semble préférable, en l'absence de textes exigeant spécialement un genre de preuve déterminé.

Lors donc que la preuve de la récidive est faite, le tribunal doit appliquer l'aggravation pénale que cet état engendre.

Mais est-il nécessaire que le ministère public pose des conclusions en ce sens? Ou bien les juges sont-ils liés par son silence?

Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Car si un tribunal ne peut prononcer une peine contre un individu sans être saisi, soit par une plainte, soit par les conclusions du ministère public; il n'est pas, quand il se trouve régulièrement saisi, obligé de conformer sa décision aux réquisitions du ministère public.

L'omission de celui-ci n'a pas pour effet d'enlever au tribunal le droit d'appliquer une pénalité que la loi prononce en termes impératifs et absolus.

Nous terminons cette section par l'examen d'une question très controversée.

(1) Cass. 28 Février 1846. Bull. 61.

A qui, de la cour ou du jury, appartient en matière criminelle, l'appréciation de la récidive?

Nous avons des arrêts dans l'un et l'autre sens. Le premier arrêt est du 18 Floréal, an VII; il porte: « que la question sur la récidive doit être proposée lors des débats comme circonstance aggravante et répondue par le jury. » Le second décide au contraire que c'est à la cour qu'il appartient de faire cette appréciation: « Attendu que le fait de la récidive n'est jamais une circonstance aggravante du fait de l'accusation, puisqu'il en est absolument indépendant; qu'il ne constitue pas non plus par lui-même un délit, puisqu'il n'est qu'un fait moral dont la loi déduit la preuve d'une perversité à raison de laquelle elle aggrave la peine du fait de la nouvelle accusation; qu'il peut et doit donc être jugé par la cour d'assises. » (1)

Carnot combat cette dernière jurisprudence. Il estime que la récidive n'étant pas considérée comme circonstance aggravante ne pouvait être incriminée que comme élément du fait, et qu'en cette qualité il appartenait au jury, appelé à juger le fait de l'accusation, de se prononcer sur la récidive comme sur toutes autres circonstances se rattachant au fait.

Nous ne sommes point de cet avis. Nous croyons avec M. Faustin-Hélie que la récidive n'est pas une circonstance aggravante; bien que concomitante au fait, elle ne laisse pas de lui être étrangère. La

(1) Jur. gén. t. 11. p. 518.

récidive est purement et simplement un élément accidentel de délibération pour l'application de la peine et c'est, par conséquent, sous l'appréciation seule de la cour qu'elle doit tomber.

Section II

DE LA NÉCESSITÉ D'UNE SECONDE INFRACTION.

Comme seconde condition de l'état de récidive nous trouvons la nécessité d'une nouvelle infraction.

Faut-il qu'il y ait identité entre celle-ci et la précédente, que toutes deux soient, par exemple des vols ou des violences sur une personne ?

Faut-il qu'il y ait seulement analogie, c'est-à-dire que les deux infractions dérivent d'une même source, qu'elles soient toutes deux des délits contre la personne ou contre la propriété ?

Le Code du Brésil ne punit que la récidive d'un délit de même nature; le Code d'Autriche ne la punit que dans le cas où le coupable a été condamné pour un semblable délit. La loi prussienne ne considère comme récidivistes que ceux qui commettent à nouveau le même crime ou délit. Enfin le Code pénal Portugais et le code de la Loui-

siane consacrent le système de la récidive spéciale.

Ce principe est-il d'une bonne législation? Nous ne le pensons pas.

Car si dans ce système la perversité de l'accusé se révèle plus énergiquement, il est néanmoins certain que les malfaiteurs les plus dangereux ne se limitent pas à un seul genre de crimes et qu'ils entremêlent, suivant l'occasion, toute espèce de forfaits.

En analysant d'ailleurs la double donnée sur laquelle repose la récidive, à savoir la corruption du coupable et les dangers qu'il fait courir à la société, nous voyons que ces deux idées militent aussi bien en faveur du principe de la récidive générale. Si l'individu, après avoir commis un faux pour lequel il est condamné, se rend dans la suite coupable d'un assassinat, n'apparaît-il pas avec le même degré de perversité que s'il avait commis un autre faux? La peine qui lui avait été infligée n'avait pas uniquement pour but de l'empêcher de commettre des crimes identiques mais bien toute autre infraction punie par la loi. Il est non moins évident aussi que la société a tout autant à craindre d'un coupable qui varie ses crimes que de celui qui se renferme exclusivement dans l'exécution du même.

En conséquence, nous approuvons le législateur de 1810 d'avoir adopté dans les art. 56 et suivants le principe de la récidive générale, sous une exception relative aux délits politiques qui, à raison de

leur caractère spécial, ne se combinent pas avec les autres infractions pour constituer en état de récidive.

Avant de poursuivre, nous allons condenser en une seule proposition la doctrine de notre Code.

Toutes les fois qu'après avoir été condamné pour crime, le même individu commet un nouveau crime; ou qu'après avoir été condamné pour délit, il commet un nouveau délit; ou bien enfin qu'après avoir été condamné pour contravention, il commet une nouvelle contravention, il est en état de récidive légale, quelque divers que les faits soient d'ailleurs.

Voilà la règle générale. Nous verrons plus loin les rares dérogations que des lois particulières y ont apportées.

Dans le premier cas, il y a récidive de crime à crime;

Dans le second, de délit à délit;

Dans le troisième, de contravention à contravention.

Mais nous pouvons remarquer qu'un individu condamné une première fois pour un fait qualifié crime peut ne commettre plus tard qu'un fait qualifié délit : dans ce cas dirons-nous qu'il y a récidive?

Oui, car la condamnation criminelle subie par l'accusé ayant pour effet de le constituer en état de récidive, s'il se rend coupable d'un nouveau crime, produit également cet effet, si l'infraction nouvelle n'est qu'un délit.

L'espèce est résolue en ce sens par l'art. 57. On dit alors qu'il y a récidive de crime à délit.

Si nous renversons l'hypothèse, quelle solution appliquerons-nous?

Le Code est muet à cet égard et son silence se justifie par deux raisons.

Un délit de police correctionnelle déjà puni ne peut assez peser dans la balance pour faire aggraver par la loi une peine criminelle.

En se plaçant au point de vue de l'efficacité des peines, nous voyons que les peines correctionnelles n'ayant pas pour destination de réprimer les crimes, on ne peut dire que l'insuffisance de la peine ordinaire du crime ait été expérimentée par la condamnation correctionnelle précédemment encourue.

Quant aux contraventions de simple police, elles se combinent exclusivement entre elles.

De ce que nous venons de dire il ressort avec évidence que le Code a prévu quatre espèces de récidives; nous les étudierons successivement dans un second chapitre.

Nous rechercherons aussi les exceptions que certaines lois présentent au plan d'organisation générale de la récidive, tel qu'il résulte des articles 56, 57 et 58. 474 et suivants du Code Pénal.

CHAPITRE II

Section I

DE LA RÉCIDIVE EN MATIÈRE DE CRIMES.

L'article 56 du Code Pénal de 1810 portait :
« Quiconque ayant été condamné pour crime, aura commis un second crime emportant la dégradation civique, sera condamné à la peine du carcan ;

Si le second crime emporte la peine du carcan ou le bannissement, il sera condamné à la peine de la réclusion ;

Si le second crime entraîne la peine de la réclusion, il sera condamné à la peine des travaux forcés à temps et à la marque ;

Si le second crime entraîne la peine des travaux forcés à temps ou la déportation, il sera condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité ;

Si le second crime entraîne la peine des travaux forcés à perpétuité, il sera condamné à la peine de mort. »

Ce texte nous montre que pour punir les crimes commis avec récidive, le législateur a choisi une échelle d'aggravation qui s'élève de la dégradation civique jusqu'à la peine de mort.

Ce système de gradation a pris son germe, comme nous l'avons pu voir, dans la loi romaine et dans notre ancienne jurisprudence. Voici comment M. Treilhard l'expliquait: « L'assemblée constituante n'a établi contre le second crime que la peine prononcée par la loi, sans distinction de la récidive; mais elle a voulu qu'après la peine subie, les condamnés pour récidive fussent déportés, disposition qui ne nous paraît pas conforme aux règles d'une justice exacte, puisqu'elle ne fait aucune différence entre celui dont le deuxième crime emporte la réclusion, et celui dont le deuxième crime emporte vingt-quatre années de fers. Il nous a paru convenable de chercher une règle plus compatible avec les proportions qui doivent exister entre les peines et les crimes; elle se présente naturellement; c'est d'appliquer au crime, en cas de récidive, la peine immédiatement supérieure à celle qui devrait être infligée au coupable, s'il était condamné pour la première fois. » (1).

(1) Locré, t. 29. p. 209.

Le système de gradation suivi par la loi de 1810 était défectueux.

En effet la substitution de la réclusion au bannissement était une transformation d'une peine de droit politique en peine de droit commun; la marque qui s'adjoignait aux travaux forcés à temps était d'autant plus odieuse qu'elle était inutile et la transition des travaux forcés à perpétuité à la peine de mort portait l'empreinte d'une horrible exagération.

Ce n'est pas que notre critique dénie au législateur le droit de changer la nature du châtement, en cas de récidive. Nous ne saurions, sur ce point, conformer notre opinion à celle de M. Rossi.

« Comme la récidive, dit l'éminent auteur, n'est qu'une aggravation de culpabilité dans la même espèce de crime, nous reconnaissons qu'on ne devrait jamais changer le genre de la peine, mais seulement en augmenter le taux. » (1)

M. Rossi ne tient pas assez compte, ce nous semble, de la criminalité de l'agent, d'autant plus coupable, qu'à la violation de la loi il ajoute le dédain de la justice. Il n'envisage que le fait incriminé et il conclut que la récidive est impuissante à changer la nature de ce fait.

Mais il ne faut pas oublier que dans un crime, en outre de la criminalité du fait il y a la perversité du coupable que l'on punit; or, en cas de récidive, la perversité se traduit avec plus d'énergie;

(1) Droit pénal. 3^e Livre.

il faut donc augmenter la peine et l'élévation du châtiment peut aller jusqu'au changement de nature de la peine à infliger.

Cette aggravation, étant admise la légitimité de la récidive, n'est pas moins légitime elle-même. La société doit être armée contre les malfaiteurs et ces armes seront d'autant plus puissantes qu'elle pourra disposer d'une pénalité plus sévère.

Et il est tellement vrai que, dans la pensée du législateur, la criminalité subjective doit figurer en première ligne pour l'application de la peine, que ce n'est qu'en matière criminelle, c'est-à-dire, quand l'infraction a été grave et la peine rigoureuse, que la récidive fait monter la peine d'un degré dans l'échelle pénale.

Quand il s'agit d'un délit, l'avertissement qui résulte pour le coupable de la première condamnation a été moins solennel, sa rechute est plus excusable et ne dénote pas la même corruption, aussi la peine ne change pas de nature; elle est seulement portée au maximum. Mais nous ne saurions admettre que la récidive d'un crime passible des travaux forcés à perpétuité pût entraîner la peine de mort. Cette majoration du châtiment ne se justifie pas. La mort, en effet, n'est pas plus correctionnalisatrice que les travaux forcés à perpétuité; elle ne s'explique pas non plus par l'intérêt social.

Car les travaux forcés à perpétuité protègent efficacement la société; s'ils sont impuissants à cela, ce n'est pas le condamné qui doit supporter les conséquences de cette lacune; il ne peut,

comme dit M. Alauzet, payer de sa tête les maladresses de ses geôliers.

Plusieurs effets déplorables du système de gradation suivi par le code de 1810 furent supprimés par la loi de réforme du 28 Avril, 1832.

On avait même, au sein de la commission, discuté sur le point de rendre seulement facultative l'aggravation pénale, en cas de récidive. Voici les termes dans lesquels s'exprimait le rapporteur : « Le principe de l'aggravation obligée de la peine eut rencontré quelques objections, si l'admission des circonstances atténuantes ne remédiait aux injustices que ce principe peut quelquefois entraîner. La commission a trouvé que même dans le système du projet, le passage de la détention et des travaux forcés à temps à la détention et aux travaux forcés à perpétuité dépassait de beaucoup l'aggravation légitime en matière de récidive, et elle vous propose de borner cette aggravation au maximum de la première peine, en laissant toutefois au juge le droit de l'élever jusqu'au double. » (Moniteur du 12 novembre)

Voici d'ailleurs l'article 56 modifié : « Quiconque ayant été condamné à une peine afflictive ou infamante, aura commis un second crime emportant comme peine principale la dégradation civique, sera condamné à la peine du bannissement.

Si le second crime comporte la peine du bannissement, il sera condamné à la peine de la détention.

Si le second crime emporte la peine de la réclu-

sion, il sera condamné à la peine des travaux forcés à temps.

Si le second crime emporte la peine de la détention, il sera condamné au maximum de la même peine, laquelle pourra être élevée jusqu'au double.

Si le second crime emporte la peine des travaux forcés à temps, il sera condamné au maximum de la même peine, laquelle pourra être élevée jusqu'au double.

Si le second crime emporte la peine de la déportation, il sera condamné aux travaux forcés à perpétuité.

Quiconque ayant été condamné aux travaux forcés à perpétuité, aura commis un second crime emportant la même peine, sera condamné à la peine de mort.

Toutefois, l'individu condamné par un tribunal maritime ou militaire, ne sera en cas de crime ou délit postérieur, passible des peines de la récidive, qu'autant que la première condamnation aurait été prononcée pour des crimes ou délits punissables d'après les lois pénales ordinaires. » L'ancien système a donc survécu à la révision dans les trois premiers paragraphes de notre article.

Ainsi la dégradation civique est remplacée, en cas de récidive, par le bannissement; celui-ci par la détention et la réclusion par les travaux forcés à temps.

La réforme apparaît dans les deux paragraphes qui suivent, où la récidive ne fait qu'aggraver la

peine encourue par le second crime sans la transformer.

La détention et les travaux forcés à temps dont le nouveau fait est passible peuvent être élevés au maximum et ce maximum porté au double.

Dans les deux derniers paragraphes, la loi de 1832 revient au système du Code de 1810. Ainsi à la déportation, elle substitue, en cas de récidive, la peine des travaux forcés à perpétuité et à ceux-ci, la peine de mort.

Nous voyons que la peine de la déportation peut être transformée en celle de travaux forcés à perpétuité; or, c'est une innovation peu heureuse de la loi qui mélange de la sorte les peines politiques et les peines de droit commun.

Avant la loi de 1850 sur la déportation, il était donc évident qu'à un fait politique commis en récidive on pouvait appliquer la peine des travaux forcés à perpétuité établie pour les crimes ordinaires. Depuis cette loi qui organise deux degrés de déportation, la solution est-elle la même? Son silence au sujet de la récidive soulève des difficultés.

Il a été soutenu que la déportation dans une enceinte fortifiée, créée par la loi de 1850 pour remplacer la peine de mort en matière politique, devait avoir modifié implicitement le § VI de l'art. 56. Il est, dit-on, dans l'esprit de notre législation pénale de distinguer les peines destinées à punir les crimes politiques des peines du droit commun. Cette proposition est si vraie que

nous trouvons dans la loi de 1832 un nouveau châtiment pour crimes politiques, la détention.

En conséquence les peines qui sanctionnent ces crimes doivent toutes être prises dans l'échelle qui leur est affectée. L'art. 56 du C. P. élève d'un degré la peine à l'encontre du récidiviste. C'est entrer dans son esprit que de remplacer la peine de la déportation simple par celle de la déportation dans une enceinte fortifiée, en cas de récidive. Sans doute l'article 56 prononce dans l'hypothèse la peine des travaux forcés à perpétuité, mais c'est en vue des crimes ordinaires.

Du reste il fallait bien que la loi de 1832 édictât la même peine contre les crimes politiques, puisque la déportation dans une enceinte fortifiée n'existant pas encore, la loi se trouvait dans cette alternative ou de punir des travaux forcés à perpétuité les crimes politiques commis en récidive ou de les laisser impunis. Et cette lacune a été précisément comblée par la loi de 1850. (1)

La doctrine du savant professeur est certainement très-rationnelle mais, d'un autre côté, bien difficile à soutenir en présence du texte si net de l'article 56.

M. Molinier nous dit que la loi de 1850 corrige celle de 1832.

Mais c'est là ce qu'il oublie de prouver.

(1) Molinier. 1851. Revue critique.

C'est ce que son argumentation est impuissante à démontrer. (1)

Le silence que la loi de 1850 garde sur la récidive entraîne d'ailleurs une anomalie que nous devons signaler. C'est que la récidive reste impunie quand le premier crime politique emportait la peine de la déportation dans une enceinte fortifiée. L'article 56 revisé substitue, comme sous l'empire du Code de 1810, la peine de mort à celle des travaux forcés à perpétuité. Il exige en plus que le coupable ait commis 2 crimes, l'un et l'autre punis des travaux forcés à perpétuité. L'article 13 du premier projet de la loi de 1832 portait l'abrogation de cette aggravation terrible. Cet article ne fut pas conservé dans le projet définitif. Un député, au cours de la discussion, le reproduisit sous forme d'amendement, mais le rapporteur fit échouer la proposition, parce que: « un de ces hommes condamnés aux travaux forcés à perpétuité et qui viendra par son évasion désoler la société, pourra commettre tous les crimes... On ne pourra lui infliger d'autres peines que de le renvoyer au bagne d'ou il s'est évadé. »

C'est cette considération bizarre qui fit rejeter l'amendement. Comme si le premier devoir de la société qui punit n'était pas d'empêcher les évasions! Comme si la première condition d'un système répressif n'était pas d'interdire par son organisation toute idée de fuite au condamné,

(1) Chauv. F. Hélie. Loc. cit. t. 1^{er}.

A notre avis, nous l'avons dit plus haut, la transition de la peine des travaux forcés à perpétuité à la peine de mort nous semble exagérée et inexplicable.

Examinons maintenant une question qui s'agitait sous l'empire de l'ancien article 56 et que la réforme de 1832 a eu pour but de trancher.

Un individu qui avait commis un crime et qui, en raison de circonstances atténuantes dont il avait bénéficié par suite de son âge, n'avait subi qu'une peine correctionnelle, était néanmoins soumis à l'aggravation pénale que l'article 56 prononçait. En effet on ne s'attachait qu'à la qualification abstraite du fait. La cour de cassation avait décidé en ce sens : « Ce n'est point d'après la nature de la peine subie lors de la première condamnation qu'il faut décider s'il y a lieu à récidive, mais d'après la nature du fait qui a servi de base à la première condamnation. » (1)

Cette interprétation n'était pas rationnelle. Car c'est évidemment la peine subie antérieurement que le juge lors du second crime doit prendre en considération. C'est la peine dont l'inefficacité apparaît; c'est elle qui est l'expression de la criminalité incombant au prévenu. Tous les précédents historiques viennent confirmer cette manière de voir. Les ordonnances ou déclarations de la royauté édictent des peines contre les récidivistes en

(1) Arrêt. 25 nov. 1825. Bull. N° 227.

se basant sur les peines précédemment encourues. (1)

Dans le Code Pénal de 1791, au titre de la récidive, l'article 2 montre que l'article 1^{er}, en parlant des repris de justice pour crime, veut parler des individus condamnés à une peine afflictive et que c'est sur la considération de la peine antérieurement subie que se base le législateur.

La loi de 1832 a dissipé toute équivoque et désormais toute discussion est close. Le nouvel article 56 veut qu'on ne se réfère plus qu'à la peine; celle-ci est devenue l'élément nécessaire de la récidive. Toutes les fois donc qu'un fait qualifié crime n'aura pas, par suite de circonstances atténuantes, été soumis à une peine afflictive ou infamante, un second crime commis dans la suite n'entraînera pas l'aggravation de l'article 56.

La loi de 1832 a produit une amélioration importante qu'il faut détailler avec soin.

Antérieurement, une condamnation prononcée par un tribunal militaire servait de fondement à l'aggravation pénale, quand le coupable commettait un nouveau crime. La jurisprudence s'était prononcée dans ce sens d'une façon absolue. Ainsi l'individu puni durant son séjour à l'armée d'une peine afflictive ou infamante pour propos séditieux et insultes envers son supérieur, se rendant plus tard coupable d'un autre crime, était soumis à l'aggravation que l'article 56 impose.

(1). Déclaration du 4 Mars 1724. Art. 5.

Cette jurisprudence souleva de vives protestations : aussi la cour suprême revint-elle sur sa doctrine en n'établissant pas les peines de la récidive contre celui qui n'avait été condamné une première fois que pour infraction aux lois militaires. Il fallait donc, pour être regardé comme récidiviste, avoir subi une condamnation pour un fait punissable d'après le droit commun pénal.

Tel était l'état de la jurisprudence quand survint la loi de 1832.

La distinction, admise par la cour de cassation, fut consacrée législativement dans le dernier paragraphe de l'article 56. Observons en passant que cette disposition est générale et s'applique aux cas de récidive, réglés par les articles 57 et 58. Des auteurs éminents ont regretté que la nouvelle loi ne se soit pas montrée plus radicale en rejetant comme base de récidive toute condamnation prononcée par les tribunaux militaires, fût-ce pour un crime de droit commun. La procédure militaire, disent-ils, est plus expéditive et présente moins de garanties pour l'accusé que la procédure criminelle. La rigoureuse sévérité du conseil de guerre, l'extrême susceptibilité des officiers qui le composent, donnent aux arrêts rendus un caractère particulier.

Les lois de l'armée n'admettent pas non plus la récidive. Si donc l'individu condamné par un tribunal militaire pour crime avait subi une première condamnation émanant des tribunaux civils, il

n'y aurait pas lieu à récidive. La plus ou moins grande rigueur que l'accusé va supporter dépendra d'un hasard, d'une question purement chronologique (1).

Il arrivera parfois que les conseils de guerre, encore que les codes des armées de terre et de mer ne prévoient pas la récidive, devront faire l'application de notre article 56. Ce sera quand ils jugeront des crimes dont ils demanderont la répression non à la loi militaire mais à la loi pénale ordinaire, et encore faudra-t-il que le premier crime puni ait été punissable d'après celle-ci.

Nous avons terminé l'étude comparative de l'article 56 du Code pénal de 1810 et de celui que nous a donné la loi de 1832 ; nous avons vu qu'en dépit des réformes opérées par cette dernière loi, plusieurs points laissent encore à désirer.

Examinons maintenant le cas où la première condamnation a été prononcée par un tribunal étranger. Y a-t-il lieu à récidive ? la réponse est évidente. Tenir compte d'une condamnation semblable serait donner en France exécution à un jugement étranger, contrairement aux principes de notre droit public. La même décision s'applique au cas où un étranger est traduit pour crime devant nos cours d'assises. On ne peut aggraver sa peine en s'appuyant sur une condamnation subie par lui pour crime commis dans un autre pays. Mais il ne faudrait pas considérer comme

(1) Chauv. et F. Hélie, Loc. Cit.

rendue par un tribunal étranger, la sentence émanant d'un tribunal faisant partie de la France et détaché depuis lors.

Il ne faudrait pas non plus hésiter, tant l'article 56 est général, à en faire l'application aux condamnations rendues avant la promulgation du Code, si ces condamnations avaient pour objet une peine afflictive ou infamante. Et cette application ne saurait être entachée de rétroactivité, puisque l'aggravation ne porte ni sur l'ancienne condamnation, ni sur le premier crime, qu'elle ne frappe que sur le crime commis sous l'empire du Code et qu'elle est prononcée uniquement en raison de la perversité du coupable et de l'insuffisance de la peine ordinaire.

A plus forte raison appliquerons-nous l'article 56 aux condamnations prononcées en vertu de lois postérieures au code. La question fut soulevée à l'occasion de la loi du 20 avril 1825 sur le sacrilège. La cour de cassation infirma plusieurs arrêts de cours d'assises qui refusaient d'appliquer les dispositions de l'article 56 à des individus poursuivis en vertu de la loi de 1825, sous prétexte que cette loi était spéciale et postérieure au code.

En effet, l'article 56 énonce un des principes généraux de notre législation criminelle, destiné à servir de complément aux lois présentes et aux lois à venir. Ecrit en tête du droit pénal, il domine toutes les lois dont l'objet est d'assurer la sécurité publique et il rend plus efficace la sanction de chacune d'elles. Mais son application ne s'arrête-

t-elle pas, au cas où lors de la seconde infraction le fait qui avait motivé la première condamnation n'est plus puni comme crime, mais seulement comme délit ou s'il est regardé comme licite par la loi ?

La loi du 23 Floréal, an X, ne mettait en état de récidive que les accusés qui avaient été « repris de justice pour un crime qualifié tel par les lois actuellement existantes. » A cette époque-là, notre question ne faisait pas de doutes. Mais le Code pénal de 1810 n'a pas reproduit la disposition de la loi du 23 Floréal. Quel parti adopter ? Carnot est d'avis qu'il ne faut tenir nul compte pour la récidive criminelle d'un fait incriminé autrefois comme crime et qui est descendu d'un degré dans l'échelle de la pénalité ou qui même en a été effacé. Il donne en exemple un individu condamné sous la République pour avoir crié : Vive le Roi ! Sous la restauration, cet individu condamné pour crime verra-t-il argumenter contre lui de son ancienne condamnation ? La cour de cassation n'hésitait pas à répondre affirmativement.

Elle avait posé en principe que lorsqu'il s'agit d'appliquer les peines de la récidive, la criminalité du fait ancien doit être appréciée d'après les lois en vigueur à l'époque où le crime a été jugé et non d'après les lois postérieures, car il s'agit d'un fait irrévocablement consommé auquel les qualifications ultérieures doivent rester étrangères. Dans l'aggravation pénale pour récidive, on considère la perversité du coupable que la peine n'a

pas amendé, et auquel l'intérêt général exige qu'on applique un châtiment plus sévère.

Si nous reprenons l'exemple de Carnot, qu'y voyons-nous ? Un individu viole la loi ; il est puni pour cette infraction. Cette loi peut disparaître, mais tant qu'elle existait, son observation s'imposait à toute personne. Si donc, celui qui l'a violée a pour ce fait subi une condamnation, un crime commis dans la suite le constituera en récidive. Le juge pour appliquer l'article 56 ne doit avoir égard qu'à une chose, l'existence d'une condamnation antérieure.

C'est là du reste la solution que la loi de 1832 a fait triompher par la substitution au mot « crime » de l'ancien article 56 des mots « peine afflictive ou infamante. » La cour d'assises n'a plus désormais qu'à examiner si le prévenu a déjà été soumis à une peine afflictive ou infamante.

C'est ainsi encore que cette loi a tranché une difficulté d'interprétation qui se produisait sous l'empire du Code Pénal de 1810. Lorsque par erreur une première condamnation avait été rendue sur un fait à tort qualifié crime, le crime postérieurement commis par le même individu devait-il donner lieu aux peines de la récidive ? La cour de cassation avait décidé que la vérité légale devait l'emporter sur l'erreur consacrée par un arrêt passé en force de chose jugée et ayant même reçu son exécution. Aujourd'hui la cour d'assises n'a qu'à vérifier si la peine infligée par la

première condamnation est une peine afflictive ou infamante

Nous avons vu que l'article 56 avait un caractère obligatoire, que l'aggravation pénale qu'il contient s'applique nécessairement toutes les fois que les éléments constitutifs de la récidive sont réunis à la charge d'un coupable.

Cependant ce caractère obligatoire qui serait trop dur en certains cas peut être mitigé par l'existence de circonstances atténuantes. L'article 341 (Instr. crim.), prescrit au président des assises de poser au jurý la question des circonstances atténuantes. Cette disposition enlève ce que la gradation des peines pourrait présenter quelquefois de trop rigoureux. « Le principe de l'aggravation obligée de la peine, disait M. Dumon, le rapporteur du projet de loi à la Chambre des Députés, eut rencontré quelques objections, si l'admission des circonstances atténuantes ne rémédiât aux injustices que le principe peut quelquefois entraîner. »

Section II

DE LA RÉCIDIVE DE CRIME A DÉLIT

Cette hypothèse est réglée par l'article 57. Celui-ci, comme le précédent, n'est pas venu jusqu'à

nous, dans le texte original ; il a, de son côté aussi, subi une modification en 1863.

La loi de 1832 avait, nous l'avons vu, remplacé, dans l'article 56, le mot « crime » par les mots « peine afflictive ou infamante », voulant que la récidive se basât non sur la qualification abstraite du fait, mais sur la nature de la peine prononcée. Or, cette loi avait laissé dans l'art. 57 les mêmes mots « condamné pour crime », et la cour de cassation avait décidé qu'un fait qualifié crime, bien que, par suite de circonstances atténuantes, il n'eût été puni que de l'emprisonnement, ne changeait néanmoins pas de nature et ne cessait pas d'être regardé comme crime. La cour avait refusé d'étendre à cet article l'interprétation que la loi de 1832 avait consacrée pour l'article 56.

On s'était élevé avec force contre cette jurisprudence qui n'était pas conforme à l'esprit de la loi et qui révélait dans les textes une réelle anomalie.

C'est pour détruire cette anomalie qu'intervint la loi du 13 mai 1863.

Voici l'exposé des motifs : « Doit-on admettre que l'interprétation législative, donnée sous l'article 56 pour les cas de récidive formée par le concours de deux crimes, fixe pareillement le sens de la loi dans l'article 57 qui règle la récidive mixte de crime à délit ? La cour de cassation ne l'a pas pensé. Elle a continué d'appliquer l'article 57, comme avant la loi de 1832, en fondant la récidive

sur la qualification du fait. Il peut sembler d'abord que l'intérêt de la question soit plus doctrinal que pratique ; ceux-là même qui pensent que l'article 57 ne doit s'entendre que du cas où la première condamnation a prononcé une peine afflictive ou infamante, admettent pour l'autre cas l'application de l'article 58 qui règle la récidive en matière de délits. Les deux systèmes se fondent ici dans le même résultat, les peines des articles 57 et 58 étant identiques. Mais la question prend un intérêt réel quand la condamnation à l'emprisonnement prononcé par la cour d'assises n'a pas été de plus d'une année comme le veut l'article 58. Ce cas n'est pas rare ; un fait d'excuse admis, le rejet d'une circonstance aggravante ou la déclaration de circonstances atténuantes, autorise la cour à ne prononcer qu'une année d'emprisonnement et quelquefois moins. L'article 58 devient alors inapplicable, et la question se pose de nouveau sur l'article 57. Si on l'interprète en ce sens que la qualification du fait a suffi pour fonder la récidive, quelles qu'aient été la condamnation prononcée et la nature de la peine, comme il ne prescrit aucune condition de durée, on sera conduit à décider que la simple condamnation à quelques jours d'emprisonnement par une cour d'assises peut constituer une récidive en cas de nouveau délit. Ce n'est pas l'esprit de la loi, on peut le dire hardiment, depuis la révision de l'article 56 ; c'est contraire à la disposition formelle de l'article 58. Mais pour finir la controverse et ne laisser aucun

doute, on propose de dire : « Quiconque ayant été condamné pour crime à une année d'emprisonnement. » Cette rédaction aurait en outre l'avantage de rétablir la concordance entre les trois articles, en faisant dépendre dans tous les cas l'existence de la récidive de la nature et de la durée de la peine précédemment prononcée ».

Il résulte donc des modifications apportées par la loi de 1863, qu'il faut désormais considérer comme un principe général, que la récidive se fonde non plus sur la qualification du fait, mais sur la nature de la peine prononcée. Il faudra aussi, pour que l'article 57 trouve son application, non pas seulement que le fait incriminé soit qualifié crime par la poursuite, mais que la peine rendue par la cour soit supérieure à une année d'emprisonnement, d'après l'addition faite à l'article par la loi de 1863. Et suivant la nature de la peine qui accompagne la première condamnation, la nouvelle infraction constituera le prévenu soit en récidive de crime à délit, soit en récidive de délit à délit.

Dans ces deux hypothèses toutefois l'aggravation pénale à laquelle le prévenu sera soumis ne différera pas ; le juge a seulement le droit d'élever la peine encourue au maximum et de porter ce maximum au double. « Le condamné, ajoute l'article 57 in fine, sera de plus mis sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus ».

Ainsi nous voyons que dans cet article le légis-

lateur a suivi un système de gradation de peines tout autre qu'en matière de récidive criminelle. Nous avons fait remarquer que cette différence provenait de la moins grande perversité de celui qui se rend coupable d'un délit et de l'intérêt plus faible de la société qui se sent moins menacée par les délits que par les crimes.

Nous ne devons pas omettre de signaler une autre modification de la loi de 1863. Elle consiste dans l'insertion, à la suite du mot délit, formant le second terme de la récidive, de ces mots, « ou un crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles ». La loi met sur le même rang le fait qualifié délit et le fait qualifié crime, mais qui n'est puni que d'une peine correctionnelle. C'est du reste l'application logique de ce principe, qui consiste à tenir compte non pas de la qualification donnée au fait par la poursuite, mais de la peine qui lui est infligée.

Section III

DE LA RÉCIDIVE EN MATIÈRE DE DÉLITS

Le premier terme de la récidive est ici une condamnation correctionnelle à un emprisonnement de plus d'une année.

Quel sens faut-il attribuer à ce mot de correctionnelle ? A notre avis, nul doute n'est possible ; il se réfère évidemment non point à la juridiction qui a rendu la sentence, mais à la nature de la peine prononcée. Cette interprétation discutable sous l'empire de la loi de 1810 a cessé de l'être depuis la réforme de l'article 56 en 1832.

Nous avons vu en effet que désormais la seule chose dont le juge eut à tenir compte était la nature de la peine infligée au coupable et non plus la qualification abstraite du fait.

Le second terme de la récidive est un nouveau délit et la loi de 1863 a ajouté au texte primitif « ou un crime qui ne devra être puni que de peines correctionnelles ».

La loi, nous l'avons dit, n'a pas prévu la récidive de délit à crime, attendu que l'aggravation résultant de la pénalité plus sévère a été jugée suffisante. Avant la réforme de 1863, la cour de cassation avait même jugé qu'un individu déjà condamné à une peine correctionnelle et poursuivi pour un crime qui n'était, en raison de circonstances atténuantes, puni que d'une peine correctionnelle, ne devait pas être considéré comme récidiviste. Ainsi que le faisait remarquer M. Molinier, la doctrine de la cour trop attachée au texte dont elle négligeait la pensée, arrivait à ce résultat déplorable, qu'une personne qui aurait commis un vol simple après avoir déjà subi une condamnation correctionnelle serait plus sévèrement punie que l'homme, certainement plus

coupable qui, auteur d'un vol qualifié, aurait joui du bénéfice de circonstances atténuantes (1). Cette jurisprudence est tombée avec l'anomalie que la loi nouvelle a eu pour but de faire disparaître.

Nous arrivons maintenant à la principale difficulté de la matière. Et ce sont les mots insérés dans l'article 58, (2) « ou crime qui ne devra être puni que de peines correctionnelles » qui ont provoqué d'interminables discussions. Nous allons poser l'hypothèse. Un individu a subi une première condamnation pour délit ou crime puni d'une peine correctionnelle, plus tard il commet un nouveau crime et le jury reconnaît en sa faveur des circonstances atténuantes, quelle peine devra être prononcée contre lui ?

La discussion ne saurait prendre naissance dans le cas où la correctionnalisation proviendrait de l'admission d'une excuse légale, ou de la minorité. L'applicabilité de notre article n'est en jeu qu'autant que l'abaissement de la peine applicable résulte de l'existence des circonstances atténuantes. MM. Berthault et Labbé enseignent que l'existence des circonstances atténuantes fait obstacle à l'article 58 et qu'alors le récidiviste n'est frappé par aucun texte (3).

(1) Molinier, *Revue critique*. P. 61. T. 1.

(2) Les explications que nous donnons sous l'article 58, s'appliquent également à l'article 57.

(3) *Revue critique*. T. 23 et 24.

D'après les savants professeurs, l'aggravation pour cause de récidive s'opère avant l'atténuation résultant de l'admission des circonstances atténuantes. Ce principe est proclamé par les criminalistes les plus autorisés (1). Or dans l'espèce et d'après l'économie de notre législation, il n'y a pas récidive de délit à crime.

Le seul cas où l'on puisse discuter est celui où les causes soit de minorité, soit d'excuse légale, se présentent, car toutes deux peuvent avant l'aggravation modifier la pénalité. L'article 58 ne s'applique donc qu'autant que c'est par l'effet d'une de ces causes que la peine dégénère en peine correctionnelle.

Ce système ne laisse plus à l'article 58 qu'un champ d'application très-restreint; car de toutes les causes qui peuvent influencer sur la nature de la peine, la plus générale et la plus pratique est bien sans contredit l'admission des circonstances atténuantes. Nous allons du reste voir, en consultant les travaux préparatoires de la loi de 1863, que le législateur n'a pas commis un oubli semblable. Il a changé l'ancien ordre de calcul. C'est la solution qui s'impose, sinon il faudrait considérer son œuvre comme lettre morte.

Le conseil d'État n'avait prévu comme second terme de la récidive qu'un délit nouveau. L'addition faite aux articles 57 et 58 est due à l'ini-

(1) Chauv. et F. Helie. Loc. cit. T. 1. Ortolan. Elém. de Dr. Pénal.

tiative de la commission du corps législatif. Cette addition était absolument correcte et conforme au principe qui depuis la révision opérée en 1832, a remplacé comme base de la récidive, la qualification du fait par la nature de la peine infligée.

Le rapporteur de la commission, M. de Belleyne, s'exprimait ainsi : « Si le fait poursuivi comme crime est passible par conséquent d'une peine afflictive ou infamante et n'est puni que d'une peine correctionnelle, soit parce qu'il se dépouille aux débats de quelque circonstance aggravante, *soit parce qu'il est modifié par l'admission d'un cas d'excuse, ou l'application de circonstances atténuantes*, il serait trop rigoureux de continuer à le considérer comme crime et de faire de sa première qualification le point de départ d'une récidive. Cependant le texte de la loi prêtait à controverse, et en 1832 on s'attacha à la faire disparaître en effaçant de l'article 56 ces mots : « Quiconque ayant été condamné pour crime » et en les remplaçant par ceux « quiconque ayant été condamné à une peine afflictive ou infamante ».

C'était l'application évidente du principe qui fait dépendre l'aggravation du second fait punissable non du caractère de la poursuite, mais du caractère de la punition infligée à la première infraction. L'application du même principe aurait dû faire apporter un changement analogue de rédaction à l'article 57. Le projet vous propose de

réparer cette omission ». Puis passant à la seconde modification apportée à l'article 57, le rapporteur continue : « Puisque nous consacrons une seconde fois le principe qu'en matière de récidive ce n'est pas la poursuite, mais son résultat qui doit être considéré, nous avons cru opportun d'en faire l'application à deux cas analogues qui faisaient difficulté en jurisprudence.

« Ainsi la récidive de délit à crime n'existe pas dans l'économie de la loi ; mais qu'après le premier délit puni de plus d'un an d'emprisonnement ou un premier crime qui n'aura été puni que de peines correctionnelles, il y ait poursuite pour un crime et que le crime dégénère en délit par la peine qui lui sera infligée, il est évident qu'il y aura les mêmes raisons de décider et que d'après notre règle tous ces cas ne doivent être que des variétés de la récidive de délit à délit. Nous avons voulu le proclamer en conformant la rédaction des articles 57 et 58 à cette pensée ».

Ces lignes que nous venons d'emprunter au rapport de la loi de 1863 nous montrent que dans la pensée du législateur, toutes les fois qu'il y aura eu une première condamnation à plus d'un an d'emprisonnement et que le coupable aura encouru une nouvelle peine correctionnelle, celle-ci devra recevoir une aggravation identique, qu'elle provienne d'un délit ou d'un crime. D'ailleurs ce rapport, au commencement de la citation que nous avons faite, met textuellement sur la même ligne les crimes modifiés par les circonstances

atténuantes et les délits ou crimes excusables. La pensée des rédacteurs de la loi réformatrice ressort plus clairement encore de la discussion qui eut lieu au corps législatif et qui témoigne que l'article 57 s'applique aux individus coupables d'un crime mitigé par des circonstances atténuantes. « Il est de principe, dit M. Ernest Picard, sous la législation alors existante, qu'il n'y ait pas de récidive de délit à crime. Mais voici que la commission, dans son ardeur d'innover, et d'accord en cela avec le conseil d'Etat, a inventé le cas où celui qui a commis un délit commet un crime qui ne paraît digne au juge que d'une condamnation correctionnelle. S'il s'agit d'un cas d'excuse ou d'un cas exceptionnel de cette nature, en vérité il n'est pas nécessaire de mettre dans la loi une disposition spéciale. Mais, ainsi que nous l'apprennent l'exposé des motifs et le rapport, l'article 58 se réfère au cas où la cour d'assises applique les circonstances atténuantes. »

Le commissaire du gouvernement ne protesta pas contre l'interprétation donnée à la loi par le député. Il dit que l'article 57 avait un triple but, qu'il visait les cas d'excuse et de crime dépouillé de circonstances aggravantes : « Dans un troisième cas, la qualification du fait étant maintenue, le jury aurait déclaré des circonstances atténuantes. Aux termes de l'article 58, la récidive aura lieu, tandis que cela aurait pu être douteux et controversé en l'absence de textes nouveaux. » Ainsi donc pas de doutes ! Le crime avec circonstances

atténuantes rentre dans l'application des articles 57 et 58. Cette disposition de la loi de 1863 peut heurter le principe de l'incorporation de l'aggravation pénale à la peine ordinaire mais elle est évidente et s'impose à l'opinion de tous.

Un troisième système, sans aller aussi loin que celui de MM. Bertauld et Labbé, se borne à restreindre l'application de l'article 58 aux crimes, qui, par l'effet des circonstances atténuantes, sont descendus nécessairement dans l'échelle des peines au degré des peines correctionnelles. Le cas où une peine correctionnelle n'est prononcée que par une atténuation facultative de la cour d'assises ne serait pas visé par l'article 58. Ainsi un accusé est passible de réclusion. Les circonstances atténuantes reconnues à son profit font descendre la peine d'un degré et la réduisent à l'emprisonnement. Dans ce cas, la cour d'assises est tenue de ne prononcer qu'une peine correctionnelle. Ce serait l'hypothèse prévue par l'article 58. Au contraire l'accusé a encouru la peine des travaux forcés à temps ; l'admission par le jury de circonstances atténuantes n'oblige la cour qu'à abaisser la peine d'un degré. Celle-ci n'est pas forcément correctionnelle. Il faut pour cela que la cour use de son droit d'atténuation. Ici, l'hypothèse cesse d'être régie par l'article 58. En effet l'article porte « un crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles. » Or ici le crime ne sera puni correctionnellement que si la cour le juge à propos. Le second degré d'atténuation n'est que facultatif.

C'est, nous le voyons, sur le mot « devra » que ce système repose. Mais il se heurte contre l'interprétation que les travaux préparatoires donnent à nos articles. De plus il impute au législateur une lacune déplorable puisque tous les crimes qui ne sont soumis à des peines correctionnelles qu'après l'exercice du double droit d'atténuation échappent à l'aggravation qu'engendre la récidive. Il est arbitraire, car la distinction qu'il cherche à établir était trop importante pour que le législateur l'eût passée sous silence. Celui-ci, au contraire, assimile au point de vue de l'application de l'article 58 le crime puni des travaux forcés à temps et le crime puni de la réclusion. Écoutons le commissaire du gouvernement faisant un parallèle entre l'ancien code et la nouvelle loi : « un homme avait été antérieurement condamné à un an de prison ; il était devant la cour d'assises condamné à 5 ans, 10 ans de réclusion ; à 5 ans, 10 ans de travaux forcés à temps..... » Il est évident par là qu'à ses yeux les deux peines rentraient dans le cercle d'application de l'article 58, dont le but unique était de comprendre les condamnations correctionnelles pour crimes (1).

La conclusion qui ressort de ces développements est que les articles 57 et 58 sont applicables, toutes les fois que la première infraction ayant été punie d'une peine supérieure à un an d'emprisonnement,

(1) Savary avocat général à la cour de cassation et Boissard.

la deuxième infraction, quelle qu'elle soit, entraîne une peine correctionnelle. Il nous faut maintenant rechercher si les dispositions des articles 57 et 58, en ce qui touche leur mode d'application, sont obligatoires ou seulement facultatives. Deux systèmes se sont produits sur cette question ; nous les examinerons l'un après l'autre. Mais il nous paraît utile de fixer auparavant certains points de doctrine.

Le législateur de 1863 accordait au juge un pouvoir illimité d'atténuation, quand il existait des circonstances atténuantes. Tel est le sentiment dont le commissaire du gouvernement se faisait l'interprète en ces termes : « Le conseil
« d'Etat pense que lorsqu'un individu est con-
« damné en état de récidive, soit devant une cour
« d'assises, soit devant un tribunal correctionnel,
« la déclaration des circonstances atténuantes a
« cette puissance de donner au juge la liberté de
« faire disparaître toute l'aggravation résultant
« du cas de récidive. » Mais ce pouvoir loin d'être illimité est au contraire enfermé dans certaines restrictions.

Lorsque par exemple le second terme de la récidive est un délit, le juge peut sans nul doute prononcer le maximum de la peine et même élever au double ce maximum. Il a aussi le droit, s'il existe des circonstances atténuantes, d'abaisser le niveau de la peine au minimum, et quand ce minimum est inférieur à une année de substituer à l'emprisonnement une peine de simple police.

L'aggravation en matière correctionnelle est seulement facultative (463. C. P. in fine).

Mais quand le second terme de la récidive est un crime puni seulement de peines correctionnelles à cause des circonstances atténuantes, la difficulté surgit.

Ces deux hypothèses varient en ce que le droit d'atténuation s'exerce sur elles d'une manière différente.

Prenons des exemples. Supposons le second crime punissable des travaux forcés à temps; le jury reconnaît des circonstances atténuantes. La pénalité ne descend pas forcément au niveau des peines correctionnelles. Il faut pour cela que la cour d'assises exerce le second degré d'atténuation. Mais quand ce double droit est épuisé, la cour se trouve dans l'obligation d'appliquer l'aggravation résultant de l'article 58. La disposition de celui-ci est donc obligatoire en l'espèce.

Si au contraire nous supposons l'individu passible de la réclusion, comme il n'y a qu'un degré de cette peine à l'emprisonnement, il suffira pour correctionnaliser la peine que le jury prononce les circonstances atténuantes. Par le fait seul de cette déclaration, la peine devient correctionnelle. La cour n'a pas besoin d'user du second degré d'atténuation. Seulement elle peut l'exercer en appliquant les dispositions des articles 57 et 58. Les dispositions de ces articles ne sont donc que facultatives dans ce cas.

Cette doctrine de M. Faustin-Hélie a été consa-

crée par deux arrêts de la cour de cassation des 24 Mars et 26 Mai 1864.

Celui du 26 Mai est un exposé très-précis de sa jurisprudence.

« En principe général, disent les considérants, la déclaration par le jury des circonstances atténuantes autorise la cour d'assises à abaisser de deux degrés la peine que prononce la loi, — une disposition expresse serait nécessaire pour qu'il en fût autrement même en cas de récidive; — l'article 57, loin d'exclure le droit d'atténuation puisé dans l'article 463, en implique l'exercice au premier degré et laisse à la cour la faculté d'en user à son tour, la peine étant celle de l'emprisonnement et le § 6 de l'article 463 permettant au juge d'appliquer l'article 401, sans toutefois réduire la peine au-dessous d'un an. S'il en doit être autrement dans le cas où le nouveau crime reconnu constant avec admission de circonstances atténuantes était passible des travaux forcés à temps, c'est que pour que l'accusé ne soit frappé que de peines correctionnelles, une double atténuation de la peine a déjà eu lieu et qu'il ne reste plus aucun moyen légal de réduire le maximum de la peine d'emprisonnement édicté par les articles 57. 58. 401. »

Ce système, en somme, établit une conciliation entre les articles 58 et 463. Les termes de la loi et son esprit ne s'y opposent pas. M. Pellerin, dans son commentaire sur la loi du 13 Mai. p. 34. prétend que l'admission des circonstances atténuantes a le même effet que la décision de la

chambre des mises en accusation qui écarte les circonstances aggravantes, qu'elle agit sur la qualification du fait qui cesse d'être crime pour devenir délit et que c'est par conséquent sur un délit susceptible lui-même d'atténuation et non sur un crime que porte l'examen de la cour d'assises, sans qu'il y ait à établir de différence entre le crime entraînant les travaux forcés et celui qui est passible de la réclusion.

La cour a la faculté ou de prononcer la peine aggravée des articles 57 et 58, ou seulement la peine édictée par les §§ 6 et 7 de l'article 463, suivant qu'elle ne fait pas usage ou au contraire de son droit d'atténuation.

Mais cette déduction est fausse, car le texte applicable, puisqu'il s'agit d'un délit d'après M. Pellerin, est le § 8 de l'article 463 : « dans le cas où le code prononce le maximum d'une peine afflictive, s'il existe des circonstances atténuantes, la cour appliquera le minimum de la peine ou même la peine inférieure. » Alors le minimum d'un an ou de deux ans s'efface lui-même et nous voyons un récidiviste placé sur la même ligne qu'un individu condamné pour la première fois.

Cette conséquence logique du système de M. Pellerin suffit pour nous mettre en garde contre lui.

Section IV.**DE LA RÉCIDIVE EN MATIÈRE DE CONTRAVENTIONS.**

Les caractères de cette récidive sont déterminés par l'article 483. C. P. » Il y a récidive dans tous les cas prévus par le présent livre, (Livre 4) lorsqu'il a été rendu dans les 12 mois précédents un premier jugement pour contravention de police commise dans le ressort du même tribunal. » Ce texte exige donc 4 conditions pour qu'il y ait récidive. Il faut :

- 1° Qu'il s'agisse d'un cas prévu au Livre 4;
- 2° Qu'un premier jugement ait été rendu pour contravention de police contre le prévenu ;
- 3° Que la nouvelle contravention ait été commise dans le ressort du même tribunal ;
- 4° Que le jugement ait été rendu dans les 12 mois qui précèdent.

Dans cette matière le législateur s'est quelquefois écarté des règles qu'il avait établies dans les récidives de crimes et délits.

Ainsi les articles 56, 57, 58 sont généraux ; ils dominant la législation pénale et s'appliquent à

toutes les lois postérieures au Code. Or dans l'article 483 nous lisons au contraire, qu'il faut, pour que la récidive existe, que la contravention soit prévue par le Livre 4. Sans doute une loi pourra spécialement prévoir la récidive, mais à défaut de cette disposition particulière, l'article 483 ne reçoit pas d'application.

A raison du caractère local qu'affectent souvent les contraventions de police et peut-être aussi parce qu'il serait trop long de rechercher les traces d'une précédente condamnation prononcée par un tribunal éloigné, le législateur décide que les deux contraventions doivent avoir été commises dans le ressort du même tribunal. Et comme la punition est légère, qu'une rechute à une époque peu rapprochée ne peut être imputée à la coupable obstination du contrevenant, on ne doit pas tenir compte de la condamnation antérieure aux 12 mois qui précèdent. Telles sont les différences qui séparent cette récidive de celles que nous venons de voir.

On s'est demandé si l'aggravation pénale se produisait lorsque les deux contraventions n'étaient pas de la même classe? La réponse nous paraît résulter avec évidence des principes généraux sur la récidive et de l'examen de l'article 483. En effet la loi n'a-t-elle pas toujours admis la récidive, en matière criminelle et en matière correctionnelle, insoucieuse de savoir si les deux infractions étaient ou non de la même espèce? A ces principes vient s'ajouter l'examen du texte. Celui-ci a été littérale-

ment emprunté au code de Brumaire, (article 608) avec cette différence que les mots » pour pareil délit » ont été effacés. Cette doctrine est confirmée par la cour de cassation (26 Avril 1822. 6 Mars 1857.). L'effet de la récidive en matière de contraventions est une aggravation pénale comme en matière de crimes et de délits. Mais cette aggravation ne change pas la nature des peines de police; elle en change seulement la quotité et elle ajoute l'emprisonnement à l'amende dans les cas où l'amende seule était prononcée. La quotité de l'emprisonnement est de 3 jours ou 5 jours au plus ou 5 jours au moins, suivant que la seconde infraction appartient à la première, deuxième ou troisième classe des contraventions.

En cas de récidive la peine de l'emprisonnement est obligatoire. Cependant l'article 483, in fine, déclare applicables aux contraventions les dispositions de l'article 463, c'est-à-dire, les circonstances atténuantes. Il en résulte que les tribunaux de police peuvent réduire les peines d'emprisonnement et d'amende; ils peuvent substituer l'amende à l'emprisonnement mais ils ne peuvent jamais prononcer une peine inférieure aux peines de police. Car l'article 463 auquel renvoie l'art. 483 déclare formellement, « sans qu'en aucun cas la peine puisse être au-dessous des peines de simple police. »

Le minimum de ces peines constitue donc le dernier échelon de la pénalité. Ce minimum est de un franc.

Une exception au principe que nous posions, à savoir que l'aggravation ne consiste pas dans un changement de peines, fut apportée par la loi de 1832, au sujet de la contravention prévue par le n° 5 de l'article 475, commise en récidive. Il s'agit de jeux de loterie ou jeux de hasard tenus dans des lieux publics. En cas de récidive cette contravention est déférée à l'examen de la justice correctionnelle et passible d'un emprisonnement de 6 jours à 1 mois et d'une amende de 16 à 200 francs.

Cette innovation de la loi de 1832 constitue une triple dérogation au droit commun; d'abord un exemple de récidive spéciale, un changement de la nature de la peine et un changement de juridiction.

RÈGLES SPÉCIALES

Nous allons étudier maintenant certaines infractions qui dérogent aux règles précédemment établies, soit en ce que les unes ne mettent pas le délinquant en état de récidive légale, soit en ce que d'autres provoquent à chaque nouvelle chute une aggravation plus grande. Nous verrons même que dans certaines hypothèses on punit la récidive spéciale quand il n'y aurait pas lieu d'appliquer les principes généraux.

Section I.

INFRACTIONS QUI NE CONSTITUENT PAS EN RÉCIDIVE LÉGALE.

Les articles 45 et 245 du Code Pénal prévoient deux hypothèses de ce genre. Dans le premier il s'agit d'un condamné qui, après la libération de sa peine, est placé sous la surveillance de la haute

police. Il contrevient aux dispositions de l'article 44; en un mot il se rend coupable de rupture de ban. Le second article prévoit un cas à peu près analogue, celui d'un prisonnier qui s'évade ou cherche à s'évader.

Dans le calcul des pénalités édictées contre ces deux infractions doit-on tenir compte de la condamnation précédemment encourue. La réponse nous paraît devoir être négative.

On ne saurait comprendre la rupture de ban et l'évasion sans une précédente condamnation; celle-ci est la raison d'être de celles-là. Mais on ne doit pas les considérer comme seconds termes de la récidive dont la condamnation antérieure serait le premier terme. Du reste faut-il voir dans ces deux faits un accroissement de perversité qu'il importe dans l'intérêt de la société de punir plus sévèrement. Personne ne l'affirmerait. Nous pourrions ajouter avec Blanche : « c'est que si l'arrêt ou le jugement qui a placé le condamné sous la surveillance de la haute police pouvait constituer l'état de récidive, cet état serait l'état habituel, et pour ainsi dire, normal des individus poursuivis pour rupture de ban. En effet, la plupart du temps la mise en surveillance accompagne une peine correctionnelle, supérieure à une année d'emprisonnement, en un mot, une peine, qui, en cas d'infraction nouvelle, constitue l'état de récidive.

Il résulte que tous ceux dont la surveillance accompagnerait une peine de cette espèce seraient en état de récidive et que le maximum, porté par

l'article 45, deviendrait le minimum de la peine qu'ils auraient encourue. Cette situation serait tellement exorbitante du droit commun que si elle avait été dans la pensée du législateur, il en aurait certainement laissé quelques traces dans son œuvre. La loi ne l'indiquant pas, il n'est pas permis de le supposer. » (1)

Mais cette décision cesse évidemment de s'appliquer quand la rupture de ban et l'évasion sont commises en récidive. Il y a nécessité de recourir à des peines plus sévères contre un individu qui persiste à se jouer des modes de répression organisés par la loi. (2)

Section II.

CAS DANS LESQUELS IL Y A AGGRAVATION PROGRESSIVE

A RAISON DU NOMBRE DES RÉCIDIVES.

La loi ici s'est écartée du principe général posé dans les articles qui régissent la matière pour suivre la maxime romaine : *Gravius multo puniendus est qui ter delinquit quam qui bis*.

Nous avons plus haut applaudi à la sagesse du législateur qui avait négligé d'adopter cette règle

(1) Blanche. Code Pénal. T. 1.

(2) Cass. 20 Juillet. 1854 Bulletin n° 229.

draconienne, qui, dans la pratique, aboutissait à ce résultat déplorable, de punir d'un châtement très-rigoureux une infraction sans grande gravité.

Le code pénal de la Louisiane est le seul qui aujourd'hui prévoie par une disposition générale la deuxième récidive. Notre législation offre quelques exemples de cette rigueur. Le premier se rencontre dans l'article 200 C. P. Il s'agit d'un ministre du culte qui procède à la célébration du mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par l'officier de l'état civil. L'article 199 punit cette première contravention d'une amende de 16 à 100 francs. En cas de première récidive, l'article 200 prononce un emprisonnement de 2 à 5 ans ; en cas de seconde, la détention. Cette sévérité de la loi s'explique par l'époque de sa rédaction. On était encore peu éloigné du temps où le mariage religieux avait une grande prédominance sur le mariage civil. Pour rompre avec l'esprit de parti qui cherchait à revenir aux anciennes traditions, le législateur se décide à punir sévèrement toute contravention qui violait les nouveaux principes. Cette rigueur de la loi n'est pas encore aujourd'hui déplacée, puisque nous voyons certaines personnes soutenir la prééminence du mariage religieux et la non-intervention de l'Etat dans ce contrat dont la sanction est peu efficace, nous l'avons vu naguère, en dehors de la loi.

Rappelons pour mémoire l'article 83 de la loi du

26 Juin, 1851, sur la garde nationale, qui n'est plus en vigueur aujourd'hui. L'article 83 disposait qu'après deux condamnations pour refus de service, le garde était, lors d'une troisième survenant dans l'année, traduit devant le tribunal correctionnel et condamné à une peine de 6 à 10 jours d'emprisonnement et à une amende de 16 à 30 francs.

Si dans l'année du jugement il y avait récidive, la peine s'élevait de 10 à 20 jours et l'amende de 30 à 100 francs.

Section III.

INFRACTIONS DONT ON PUNIT LA RÉCIDIVE SPÉCIALE.

Nous allons étudier d'abord les délits dont le code punit la récidive spéciale puis nous aborderons les lois spéciales qui ne punissent la récidive que si la nouvelle infraction qui la constitue a été accomplie dans un certain laps de temps.

C'est la durée variable de ce temps qui servira de base à notre division.

Voyons d'abord les cas où le code punit la récidive spéciale. Nous retrouvons un article dans lequel nous avons déjà signalé une dérogation, c'est l'article 200 du code pénal. Le ministre du

culte, pour avoir célébré un mariage non reçu par l'officier de l'état civil, est condamné à une amende de 16 à 100 francs. La même contravention commise à nouveau le constitue en récidive, encore qu'il faille d'après le droit commun que la première condamnation ait été d'un an et un jour d'emprisonnement, pour servir de base à la récidive. Cette disposition sort donc des principes généraux ; elle forme un cas de récidive spéciale.

L'article 478 modifié par la loi du 28 Avril 1832 forme un autre cas de récidive spéciale. L'Article 475 n° 5, punit d'une amende de 6 à 10 francs « ceux qui auront établi ou tenu dans les rues, chemins, places ou lieux publics, des jeux de loterie ou d'autres jeux de hasard. »

Or l'article 478, n° 2, décide que les individus mentionnés dans ce paragraphe de l'article 475, repris pour le même fait, seront traduits devant le tribunal correctionnel et punis d'un emprisonnement de 6 jours à un mois et d'une amende de 16 à 200 francs. Il y a dans cette disposition une double dérogation : la première aux règles établies en matière de contraventions et la seconde aux principes que nous avons posés en matière de délits. Il y a dans ce cas récidive spéciale. Avant de passer à la seconde partie de notre étude, nous allons d'abord établir comme principe que la récidive entraîne, en général, une aggravation pénale. Ce principe en effet domine toute notre législation. Il s'applique donc toutes les fois qu'une loi spéciale n'y aura pas dérogé.

§ 1 RÉCIDIVES SPÉCIALES DANS LE DÉLAI
D'UNE ANNÉE.

I. La loi du 6 octobre, sur la police rurale, prononce de nombreuses amendes en cas d'infractions aux règles qu'elle établit en vue d'assurer la sécurité des campagnes ou de régler les rapports des domestiques, ouvriers et moissonneurs avec les fermiers. Toutes les amendes qui n'excèdent pas la somme de trois journées de travail sont doublées en cas de récidive dans l'espace d'une année. Même aggravation si le délit a été commis avant le lever ou après le coucher du soleil : si ces deux circonstances se trouvent réunies, les amendes sont portées au triple (Art. 4. tit. 2).

II. Le Code Forestier décide également dans l'article 201 : « Dans le cas de récidive, la peine sera toujours doublée Il y a récidive lorsque dans les douze mois précédents il a été rendu contre le délinquant ou contrevenant un premier jugement pour délit ou contravention en matière forestière. » Un arrêt de la cour de Nîmes, (6 Février 1835) se fondant sur la généralité des termes de cet article, a prononcé que les propriétaires dont les bestiaux sont surpris une seconde fois en délit de pâturage subissent les peines de la récidive, encore que

dans la seconde infraction ce ne soit pas la même personne qui gardât les troupeaux. Les propriétaires en effet sont coupables de négligence, quoiqu'ils n'aient pas commis *immédiatement* l'acte incriminé.

III. En matière de pêche, quand il y a récidive, la peine est toujours doublée. Or il y a récidive lorsque dans les douze mois précédents le délinquant a encouru une condamnation pour délit de pêche. (Art. 69. Loi 15 Avril 1829 sur la pêche fluviale). La loi du 31 Mai 1865, dans son article 5, décide que: « l'infraction aux dispositions de l'article 5, § 1, de la présente loi, sera punie des peines portées par l'art. 27 de la loi de 1829, et qu'en outre le poisson sera saisi, L'amende sera double et les délinquants pourront être condamnés à un emprisonnement de dix jours à un mois; 1° dans les cas prévus par les articles 69 et 70 de la loi du 15 Avril 1829..... »

La cour de Paris a jugé dans un arrêt du 5 Avril 1867 que la loi de 1865 n'a pas voulu ajouter l'emprisonnement à l'amende pour toutes les infractions prévues par la loi de 1829 et commises en récidive. Cette peine ne saurait s'appliquer qu'au récidiviste coupable de l'une des infractions punies par l'article 7 de la loi de 1865.

IV. La loi du 3 Mai 1844 sur la chasse décide également qu'en cas de récidive les peines ordinaires seront doublées. Il y a récidive, lorsque dans les douze mois qui précèdent, le délinquant

a encouru une condamnation pour délit de chasse. (Art. 14 et 15.)

V. La loi du 23 Janvier 1873 tendant à la répression de l'ivresse publique punit d'une amende de 1 à 5 francs ceux qui sont trouvés dans un lieu public en état d'ivresse manifeste. L'article 483 du Code Pénal s'applique à cette contravention. Une nouvelle récidive qui a lieu dans les douze mois qui suivent la première soumet l'inculpé à la juridiction correctionnelle et est punie d'un emprisonnement de 6 jours à un mois et d'une amende de 16 à 300 francs. Si le délinquant, malgré ces dernières peines prononcées contre lui, se rend coupable, dans l'année qui suit, du même délit d'ivresse, il est condamné au maximum des peines que nous venons d'indiquer et qui peuvent être élevées jusqu'au double. Quand une personne a été condamnée deux fois en police correctionnelle pour ivresse manifeste, le second jugement prononce contre elle les incapacités suivantes: 1° de vote et d'élection; 2° d'éligibilité; 3° l'incapacité d'exercer les fonctions publiques; 4° d'obtenir un port d'armes pendant 2 ans à partir du jour où la condamnation est devenue irrévocable. Les cafetiers et cabaretiers sont eux-mêmes soumis à une amende de 1 à 5 francs, quand ils ont donné à boire à des gens manifestement ivres ou qu'ils les ont reçus dans leur établissement. Ils encourrent la même peine s'ils servent des liqueurs alcooliques à des mineurs âgés de moins de 16 ans révolus. L'article 483 est encore applicable à cette contra-

vention. Les autres dispositions que nous avons vues s'appliquer aux individus qui commettent en deuxième récidive le délit d'ivresse reçoivent également leur application ici. Les mêmes incapacités sont prononcées par le tribunal correctionnel. Celui-ci peut même ordonner la fermeture de l'établissement pour un temps qui ne peut excéder un mois. Il pourra toutefois se contenter d'interdire au débitant la faculté de livrer des boissons à consommer sur place. La loi, dans l'article 7, prononce la peine d'un emprisonnement de 6 jours à un mois et d'une amende de 16 à 300 francs contre quiconque a fait boire jusqu'à l'ivresse un mineur de moins de 16 ans. Si c'est un cafetier qui a été condamné pour semblable infraction et qui commet en récidive cette même infraction ou celle prévue au § 1 du 1^{er} article de la loi, avant une année écoulée depuis la première condamnation, il encourra les incapacités dont nous avons parlé et son établissement pourra être fermé.

VI. La loi du 19 Mai sur le travail des enfants et des filles mineurs employés dans l'industrie porte dans son article 20: « S'il y a récidive, les manufacturiers et les patrons seront condamnés à une amende de 50 à 200 francs. (L'amende est de 16 à 50 francs dans le cas ordinaire.) La totalité des amendes réunies ne pourra toutefois excéder 1.000 fr. Il y a récidive lorsque le contrevenant a été frappé dans les douze mois qui ont précédé le fait qui est l'objet de la poursuite d'un premier jugement pour infraction à la présente loi ou aux

règlements d'administration publique relatifs à son exécution. »

VII. En dernier lieu nous citerons la loi du 15 juillet 1845 dont l'article 21, s'il y a récidive dans l'année, élève au double l'amende encourue pour contravention à la police des chemins de fer et autorise même le tribunal à prononcer un emprisonnement de 3 jours à un mois.

§ 2. — RÉCIDIVE SPÉCIALE DANS LE DÉLAI DE 2 ANS.

Il n'existait qu'un exemple de cette récidive spéciale. C'était le cas prévu par l'article 12 de la loi du 11 Mai 1868. Lorsque, dans les 2 ans qui suivaient la première condamnation pour délits de presse autres que ceux commis contre les particuliers, il y avait récidive, les tribunaux, en punissant un semblable délit, pouvaient prononcer la suppression du journal ou de l'écrit périodique pour un temps qui ne pouvait ni être moindre de 15 jours ni excéder deux mois. La suppression pouvait être élevée de deux à six mois pour une troisième condamnation survenue dans le même délai de deux ans. Il résultait de cette disposition que la récidive en délits d'injure ou de diffamation envers les particuliers n'entraînait pas de suppression. Il résultait aussi que la loi n'avait entendu viser que le journal et si le gérant d'un

journal avait dans les 2 ans essuyé une condamnation comme gérant d'une autre feuille, cette condamnation ne rendait pas applicable l'article que nous venons d'analyser.

Cette loi a été remplacée par la loi du 29 juillet 1881 aux termes de laquelle « l'aggravation des « peines résultant de la récidive ne sera pas applicable aux infractions prévues par la présente loi. » Art. 63.

§ 3. — RÉCIDIVE SPÉCIALE DANS LE DÉLAI DE 3 ANS.

La loi du 22 juin 1854, art. 22, décide que toute personne étrangère au service des postes qui s'imisce dans le transport des lettres et journaux sera punie, en cas de récidive, d'une amende de 300 à 3.000 fr. Il y a récidive, lorsque le contrevenant a subi dans les 3 années précédentes une condamnation pour infraction concernant le transport des correspondances.

§ 4. — RÉCIDIVE SPÉCIALE DANS LES 5 ANS.

I. La loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention punit, dans son article 48, d'une amende de 100 à 2000 francs, tous ceux qui, par la fabrica-

tion de produits ou l'emploi de moyens faisant l'objet d'un brevet, ont commis le délit de contrefaçon. L'article 40 punit des mêmes peines les receleurs et les vendeurs de mauvaise foi d'objets contrefaits.

L'article 43 décide qu'en cas de récidive, outre l'amende de 100 à 2000 francs, un emprisonnement d'un mois à 6 mois sera prononcé contre le délinquant. La récidive existe quand, dans les 5 années précédentes, le prévenu a encouru une première condamnation pour un des délits privés prévus par la présente loi.

II. La loi du 27 Mars 1871 tendant à la répression plus efficace de certaines fraudes dans la vente des marchandises décide en son article 4, que celui qui a été condamné une première fois pour contravention à cette loi ou à l'article 423 du code pénal et qui, dans les 5 années qui suivent, commet une nouvelle infraction à cette loi ou à l'article 423, pourra être condamné au double du maximum; l'amende prononcée par l'article 423 et par les articles 1 et 2 de la présente loi pourra même être portée jusqu'à 1000 francs si la moitié des restitutions et dommages-intérêts n'excède pas cette somme. Les articles 57 et 58 du code pénal reçoivent aussi leur application s'il y a lieu.

III. La loi du 23 juillet 1857 sur les marques de fabrique et de commerce prononce dans ses articles 7, 8 et 9 des peines d'amende et d'emprisonnement contre ceux qui auront contrefait, usurpé une marque de fabrique ou fait sciemment usage

d'une marque appartenant à autrui et contre ceux qui auront vendu et mis en vente des produits revêtus d'une marque frauduleusement apposée. Les peines portées aux articles 7 8 et 9 peuvent être élevées au double en cas de récidive. La récidive existe, lorsque le délinquant a, dans les 5 années antérieures, subi une condamnation pour un des délits prévus par la présente loi. (Art. 11)

IV. La loi du 27 juillet 1867 relative à la répression des fraudes dans la vente des engrais décide qu'en cas de récidive survenue dans les 5 ans qui suivent la première condamnation, la peine pourra être élevée jusqu'au double du maximum des peines édictées par l'article 1^{er} de la présente loi.

§ 5. — RÉCIDIVES SPÉCIALES SANS DÉLAI DÉTERMINÉ.

I. Nous allons parler d'abord d'une loi antérieure au Code Pénal, dont l'application présente encore aujourd'hui de grandes difficultés. C'est la loi du 19 Ventose, an XI, titre VI.

Voici les deux articles qui font naître la discussion.

Art. 35 « Tout individu qui exercerait la médecine ou la chirurgie, ou pratiquerait l'art des accouchements, sans avoir de diplôme, de certificat ou de lettre de réception, sera poursuivi et condamné à une amende pécuniaire envers les hospices. »

Art. 36 « L'amende pourra être portée jusqu'à 1000 fr. pour ceux qui prendraient le titre et exerceraient la profession de docteur; à 500 fr. pour ceux qui se qualifieraient officiers de santé et verraient des malades en cette qualité; à 100 fr. pour les femmes qui pratiqueraient illicitement l'art des accouchements. L'amende sera double en cas de récidive, et les délinquants pourront en outre être condamnés à un emprisonnement qui n'excèdera pas 6 mois, »

Il s'agit de savoir si ce dernier paragraphe de l'article 36 est applicable en cas de récidive de l'exercice illégal de la médecine sans usurpation de titres. Nous pensons que non, puisque l'article 36, « *in principio*, » suppose réunis l'exercice de la profession et l'usurpation du titre et que c'est la seule récidive de ce délit que les termes très-précis de la fin du même article ont en vue.

L'infraction prévue par l'article 35 ne doit être punie que d'une amende de simple police, de 1 à 15 francs, aux termes de l'article 466. (C.P.) et il ne saurait y avoir d'aggravation en cas de récidive: puisque l'article 482 ne s'applique pas aux matières spéciales.

La cour de cassation a jugé au contraire que « l'article 36 régit dans le premier paragraphe tous les cas d'exercice illégal de la médecine et qu'il y a parité de raison d'admettre également la généralité de l'application de son dernier paragraphe, lequel prescrit le doublement de l'amende en cas de récidive et autorise un emprisonnement

de six mois au plus. Toutefois, dès que la combinaison des articles 35 et 36 laisse la contravention d'exercice illégal de la médecine sans usurpation de titre sous le coup de simples peines de police, les effets du dernier paragraphe de l'article 36, quant à l'emprisonnement, doivent être renfermés dans les bornes de l'emprisonnement de police prescrit par l'article 465 du code pénal, comme l'amende de l'art. 35 est renfermée dans les bornes de l'article 466; qu'il suit de là que si la disposition relative au doublement de l'amende reste sans objet dans ces cas, puisqu'une première condamnation peut motiver l'application du maximum de l'amende de police, et que jamais, même en cas de récidive, un fait traité comme contravention de police ne peut être atteint de peines plus fortes que le maximum des peines de police. Du moins cette disposition a pour effet d'autoriser à prononcer, en récidive de la contravention dont il s'agit, l'emprisonnement de police d'un à cinq jours. » (Arrêt du 21 juillet. 1853).

II. La loi du 21 avril 1810, sur les mines, dans son article 96, prononce contre les contrevenants une amende dont le maximum est de 500 francs et le minimum de 100 francs. En cas de récidive, cette amende est double et le coupable peut être frappé d'une détention dont la durée est fixée par le code de police correctionnelle.

III. La loi du 21 octobre 1814, sur l'exercice de la profession d'imprimeur ou de libraire porte, dans son article 16, que » le défaut de déclaration avant

l'impression et le défaut de dépôt avant la publication constatée, comme il est dit en l'article 15, seront punis chacun d'une amende de 1000 francs pour la première fois et de 2000 francs pour la seconde. » La cour de cassation a jugé qu'il est de principe qu'il n'y a pas lieu à l'aggravation pénale pour la réitération d'une infraction, si son auteur n'a déjà subi une condamnation pour une première infraction; qu'une dérogation à ce principe de droit commun ne peut être autorisée que par un texte formel; d'où il faut conclure que la contravention à l'article 15 ne peut donner lieu à l'application des peines de la récidive qu'autant que l'infraction a entraîné une condamnation. (Arrêt du 25 août 1850).

IV. L'article 10 de la loi du 17 Juin 1840 sur le sel punit toute contravention à ses dispositions, outre la confiscation des eaux salées, ustensiles de fabrication et moyens de transport, d'une amende de 500 à 5000 francs. En cas de récidive le maximum de l'amende est prononcé et l'amende peut même être doublée.

V. La loi du 15 octobre 1849 punit d'une amende de 50 à 1000 francs celui qui a sciemment employé un timbre poste ayant déjà servi à l'affranchissement d'une lettre, celui qui l'a vendu ou a tenté de le vendre. En cas de récidive, la peine sera d'un emprisonnement de 5 jours à un mois et l'amende sera doublée.

VI. La loi du 22 Février 1851, sur le contrat d'apprentissage, soumet à une amende de 5 à

15 francs prononcée par le tribunal de simple police les contraventions qu'elle prévoit. En cas de récidive, ces contraventions peuvent être punies d'un emprisonnement de un à 5 jours.

VII. Dans son article 5, la loi du 8 Juin 1851 sur la police du roulage décide que toute contravention est punie d'une amende de 6 à 10 francs et d'un emprisonnement de un à trois jours. S'il y a récidive, l'amende peut être portée à 15 francs et l'emprisonnement à 5 jours.

VIII. La loi du 23 décembre 1874, relative à la protection des enfants du premier âge, et en particulier des nourrissons, punit d'une amende de 16 francs à 100 francs, quiconque sans autorisation, ouvre ou dirige un bureau de nourrices, exerce la profession d'intermédiaire pour le placement des enfants en nourrice, en sevrage ou en garde, et le louage des nourrices, ou néglige de se conformer aux conditions de l'autorisation ou bien aux prescriptions des règlements. En cas de récidive, l'article 480 du code pénal est applicable.

En dehors de ces pénalités, toute infraction à la présente loi est passible d'une amende de 5 à 15 fr. . Les articles 482 et 483 du code pénal sont aussi applicables.

APPENDICE

« Sans la transportation des récidivistes,
» la loi pénale est une impasse. »

LAMARTINE.

Dans notre Introduction nous nous sommes demandé si avec l'organisation actuelle de notre régime pénitentiaire le but moralisateur que la société se proposait en infligeant une peine aux coupables était bien atteint. Les documents officiels relatifs à notre justice répressive sont là pour montrer qu'il n'en est rien. « Parmi les condamnés des tribunaux ou des cours d'assises, il en est près de la moitié sur lesquels la première peine subie demeure sans aucune influence d'intimidation ou de réforme. » (1) De plus l'accroissement continu de la récidive démontre l'insuffisance évidente de notre loi pénale et la nécessité qui s'impose d'une

(1) Discours de rentrée prononcé le 2 novembre 1880 par M. Petiton, avocat général à la cour de cassation.

législation nouvelle pour préserver la société des incorrigibles du vice qui sont en lutte ouverte avec elle.

Nous avons vu que la société puisait dans le danger que lui faisaient courir les récidivistes le droit de leur infliger un châtement plus sévère. Or, l'aggravation de peines organisée par les articles 56 et suivants du code pénal a cessé d'être efficace aujourd'hui et la société se trouve pour ainsi dire désarmée en présence des récidivistes de jour en jour plus nombreux.

Pour nous en convaincre nous n'avons qu'à consulter les statistiques émanées du Ministère de la Justice; elles montrent que depuis 30 ans, le nombre des récidivistes s'est développé en suivant une progression continue et presque régulière.

ACCUSÉS RÉCIDIVISTES.

1850	28 %
1851-1855.	33 %
1856-1860.	36 %
1861-1865.	38 %
1866-1870.	41 %
1871-1875.	44 %
1876	47 %
1877	48 %
1878	49 %
1879	50 %
1881	51 %

En 1878 notamment sur cent accusés pour vol qualifié, 70 sont des repris de justice. L'assassinat se chiffre par 45 %, et le meurtre par 36, le parricide par 75, l'incendie par 45, le viol et l'attentat à la pudeur par 30, la fabrication de fausse monnaie par 48. En 1879 sur 3,388 accusés condamnés par la cour d'assises 1710 ont déjà subi une condamnation pour de semblables méfaits. (1) Dans ces deux années les récidivistes figurent donc pour moitié au tableau de la criminalité générale.

Ces chiffres sont pleins d'enseignement. Ils prouvent à eux seuls l'urgence absolue de modifier notre code pénal. Le système de réforme qui nous semble préférable est celui de la transportation innové jadis par la constituante, comme nous l'avons vu dans les développements historiques que nous avons consacrés à l'étude de la Récidive. Le code pénal du 25 septembre 1791. (Partie I. Titre II, Art. 1^{er}) établissait la peine de la transportation en ces termes : « Quiconque aura été repris de justice pour crime, s'il est convaincu d'avoir, postérieurement à la première condamnation, commis un second crime emportant l'une des peines des fers, de la réclusion dans la maison de force, de la gêne, de la détention, de la dégradation civique ou du carcan, sera condamné à la peine prononcée par la loi contre le dit crime; et, après l'avoir subie,

(1) Tous ces chiffres sont empruntés au rapport présenté par M. Waldeck-Rousseau à la Chambre des députés le 11 novembre 1882.

il sera transféré pour le reste de sa vie au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs. »

La convention étendit ces dispositions aux vagabonds par la loi du 24 vendémiaire an II.

C'est le retour à cette législation que nous désirons voir s'effectuer le plus vite possible. Depuis longtemps déjà l'opinion publique le réclame, et en 1873, lors de l'enquête parlementaire sur le régime pénitentiaire, la cour de cassation et les cours d'appel se sont prononcées pour la transportation des récidivistes.

Dans les dernières années même, un grand nombre de conseils généraux ont émis des vœux tendant à l'application de cette peine. (1) Aujourd'hui enfin un projet de loi sur cette matière est entré en discussion devant la chambre des députés donnant satisfaction au sentiment général.

Il ne nous appartient pas, — ce serait du reste sortir des limites de notre tâche plus modeste, — de présenter le commentaire de ce projet qui va sans doute recevoir la consécration législative. Qu'il nous soit permis cependant de dire que ce projet ne doit pas venir seul à l'étude du parlement. Il faut qu'à côté de l'œuvre de répression soit créée une œuvre parallèle de charité préventive pour l'avenir. Car s'il y a parmi les récidivistes des malfaiteurs d'habitude pour lesquels le vice est un besoin et le crime un passe-temps, malfai-

(1) Rapport de M. Waldeck-Rousseau et Rapport supplémentaire de M. Gerville-Réache.

teurs que la paresse, la soif de jouissance ont poussés à tous les méfaits, il en est d'autres qui ne sont que le produit de la misère et de l'ignorance. Ce sont les criminels de cette seconde catégorie qu'il importe de distinguer des premiers. C'est pour eux que l'Etat, plein de vigilance, doit améliorer le régime des prisons et veiller à l'organisation du patronage des libérés. Il n'est pas d'un moindre intérêt, dans le même but de diminuer le nombre des récidivistes, d'élaborer des lois qui protègent l'enfance, surtout dans les grandes villes. Il faut que l'État puisse dans certains cas s'ériger en tuteur, se substituant ainsi aux parents dénaturés qui n'usent des prérogatives de la puissance paternelle que pour jeter leurs enfants dans la prostitution ou le crime. (1)

C'est par l'organisation de lois produisant ce double effet, répressif dans le présent, préventif dans l'avenir, que le législateur accomplira la grande réforme dont le but est d'assainir notre pays, en détruisant la plaie des récidivistes qui s'étend et corrompt la société.

La loi nouvelle offre plusieurs avantages. Outre qu'elle débarrasse la mère-patrie des malfaiteurs incorrigibles, elle tend à faire d'eux des travailleurs, des ouvriers de colonisation. Transplantés sur un sol inculte, astreints à un labeur pénible, ils résisteront d'abord et ne pourront secouer le

(1) Les Récidivistes de M. J. Reinach. Lettre à M. Charles Quentin.

penchant à l'oisiveté qui les a jusqu'alors dominés. Mais peu-à-peu, quand ils seront bien convaincus qu'ils sont entrés dans un monde d'où ils ne peuvent plus sortir — car la peine est éternelle — ils ne tarderont pas à travailler, mus par l'impérieux désir d'obtenir quelques adoucissements et de s'arranger pour vivre le mieux possible. Mais les efforts de ces individus ne seront sérieux qu'autant que l'esprit de retour sera détruit chez eux. La relégation temporaire serait stérile, parce que le condamné attendrait dans la fainéantise le jour qui devrait amener son rapatriement, peu soucieux d'un labeur trop pénible à sa mollesse. D'ailleurs il serait peu logique de permettre le rapatriement à un transporté; le plus souvent en effet ce serait l'exposer à de nouvelles rechutes et à de nouveaux crimes. (1) L'expérience a constaté ce résultat fâcheux pour un grand nombre de forçats libérés, qui, à peine rentrés en France, recommençaient une nouvelle série de crimes. (2)

(1) « La veille de sa libération, il rêve liberté, grand air, « soleil, mouvement, retour au foyer, embrassement des « siens, amitiés renouées, et il se heurte, dès le seuil « même de sa prison, à quelque chose de dur et d'infranchissable qui s'est élevé entre le monde et lui... De chute « en chute, il descend dans une région trouble et obscure, « où ne pénètre plus la lumière de la vie légale; où se « réfugient les hontes, les flétrissures; où se retrouvent et « s'associent les infamies, les vices, les colères, les haines; « où se forme la ligne du mal. » (Michaux. Etudes sur la « question des peines).

(2) Voir le rapport de la cour de Rennes P. 218.

Nous pensons donc que le travail sera pour les coupables un excellent agent de moralisation auquel viendra s'ajouter l'effet non moins puissant de la famille. Car c'est par la constitution de nouvelles familles qu'on arrivera à préparer la constitution de sociétés nouvelles. Les condamnés mariés pourront donc emmener leurs épouses. L'article 20 de la nouvelle loi se préoccupe de la situation des ménages de transportés.

Le soin qu'on a de rallumer leur foyer sera, croyons-nous, fécond en bons résultats. « Ce seront, disait Mirabeau, les enfants des misérables expatriés qui oubliant les vices ou les préjugés de leurs parents, produiront une génération de bons citoyens, et ce sera assez pour dédommager l'Etat. »

Mais l'Etat trouvera encore d'autres compensations, celles-là d'un ordre purement économique, les individus transportés seront des instruments de prospérité pour la France. Et nous n'avons pas à chercher bien loin des preuves de ce que nous venons de dire. Nous n'avons, pour nous convaincre de l'efficacité de ce mode de colonisation qu'à jeter les yeux sur la nation la plus pratique du monde, nous voulons dire la nation Anglaise. Quand en 1781 l'impossibilité de transporter les convicts dans l'Amérique qui avait proclamé son indépendance fit déborder dans les Iles Britanniques le torrent du vice, le gouvernement se préoccupa de chercher un nouveau débouché à ce courant un moment refoulé. Il hésitait à envoyer en Australie les condamnés à cause de la nature du pays

réputé inculte et inaccessible au travail. Cependant devant le flot montant de la criminalité aucune hésitation n'était possible. Le capitaine Phillip est nommé gouverneur de la Nouvelle Galle du Sud. Il part avec 800 convicts, débarque le 18 Janvier 1788 dans les sables de Botany-Bay et six jours après Sydney est fondée. Voilà le résultat de la persévérance dans la poursuite d'une idée juste et du désir de triompher de l'esprit de routine. Tant d'efforts ne devaient pas rester infructueux ! Une insurrection fomentée par une partie des convicts quelques mois plus tard fut vaincue avec l'aide de ceux qui étaient restés fidèles, désireux de conserver ce qu'ils avaient amasés. Nous ne parlerons pas du succès obtenu sous le rapport de la culture, mais à l'appui de ce que nous affirmions de la moralisation par le travail et le changement de milieu pour les criminels, nous pouvons dire que de 1788 jusqu'en 1797 il ne se produisit dans cette agrégation de malfaiteurs de toute espèce qu'un assassinat. (1)

(1) De Blosseville. Colonisation pénale de l'Angleterre en Australie.

Si la transportation a aujourd'hui complètement disparu en fait du système pénal Anglais, ce n'est pas à cause des critiques dirigées contre elle par Bentham et lord Grey, mais parce que le refus absolu opposé par la colonie à tout envoi nouveau de condamnés a forcé la métropole à se mettre en quête d'un nouveau système pénal. On ne peut donc tirer argument de cette renonciation forcée contre le système en lui-même. (Voir rapport de M. d'Haussonville 1873).

Examinons maintenant brièvement les conditions d'application de la loi nouvelle.

Les condamnations pour crimes et délits politiques ne sont jamais comptées pour la transportation (Art. 3). La loi ne frappe que les infractions d'une immoralité incontestable et les délinquants d'habitude dont la perversité semble défier tout remède. La gravité et la fréquence des infractions, telles sont les deux conditions exigées par la loi pour son application.

Seront donc transportés les individus qui auront commis deux crimes en moins de 10 ans, et auront été condamnés aux travaux forcés à moins de 8 ans, à la réclusion ou à l'emprisonnement ; ceux qui auront encouru l'une de ces condamnations et deux condamnations correctionnelles dans le même intervalle de temps ou quatre condamnations correctionnelles, chacune au moins à trois mois d'emprisonnement, soit pour vol, abus de confiance, escroquerie, destruction ou dégradation d'arbres et de récoltes, outrage public à la pudeur, excitation habituelle de mineurs à la débauche. La loi étend ces dispositions à ceux qui ont subi cinq condamnations pour vagabondage dont une à trois mois d'emprisonnement, et une ou plusieurs pour les crimes et délits dont nous avons parlé. Elle assimile aux vagabonds tout individu « tirant
« un profit habituel de jeux illicites et prohibés sur
« la voie publique, ou de la prostitution d'autrui
« sur la voie publique. » (Art. 6)

Les individus visés par cet article sont également

transportés à vie quand, dans un intervalle de 10 années, ils ont subi six condamnations dont une au moins à trois mois d'emprisonnement. (Art. 8) La transportation n'est pas applicable aux vieillards de plus de 60 ans ou aux mineurs qui n'ont pas 21 ans.

Si ceux-ci toutefois au lieu de s'amender, persistent dans la voie du vice où ils sont engagés après la majorité, la loi décide qu'on tiendra compte des condamnations qu'ils ont encourues étant mineurs, en vue de la transportation. (Art. 10). La loi, pour l'application de la peine, en cas d'infraction postérieure à sa promulgation, tient compte des condamnations qui l'ont précédée. (Art. 11). La transportation a lieu de plein droit, c'est-à-dire, est obligatoire. Le tribunal ne saurait donc avoir le pouvoir de la prononcer ou de l'écarter. (Art. 12). La loi supprime enfin les dispositions relatives à la surveillance de la haute police et la loi du 9 Juillet 1852 sur l'éloignement de Paris et de Lyon. La plupart des cours d'appel consultées en 1873 lors de l'enquête parlementaire sur le régime pénitentiaire s'étaient déjà prononcées soit pour rendre la surveillance facultative en matière criminelle, soit pour la diminution des cas dans lesquels elle était imposée. La loi se montre plus absolue et décide la suppression de cette mesure préventive, qui, instituée comme une protection, est devenue la source d'infractions innombrables et un obstacle à l'amendement du condamné. (Art. 22).

Telles sont, en résumé, les principales dispositions de la nouvelle loi qui, nous l'espérons, aura pour résultat d'arrêter le développement de la criminalité de la récidive dans notre pays et d'amender le coupable par son transport dans un milieu plus sain que celui dans lequel il vivait, l'obligation de travailler et la propriété qui sera la récompense de ses efforts.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. *Contrectatio* ne signifie pas seulement manquement.

II. Les lois 49 § 11, *De furtis* et 9 § 8, *De acquirendo rerum dominio*, ne peuvent se concilier.

III. La complicité naît *consilio tantum*.

IV. La *condictio* ne se donne pas contre les complices du voleur.

V. La loi *Aquilia* n'assimile pas le complice à l'auteur du délit.

VI. Quand un même fait engendre deux délits, les deux actions pénales qui naissent de ce double délit se cumulent.

DROIT CIVIL

I. Le défaut de publications exigées par l'article 170 n'entraîne pas nécessairement la nullité du mariage mais seulement dans le cas où il constitue clandestinité.

II. L'enfant né dans les 180 jours qui suivent la célébration du mariage est légitime et non légitimé.

III. Les servitudes peuvent se prescrire par 10 ou 20 ans, quand le possesseur a juste titre et bonne foi.

IV. L'héritier mineur ne peut, malgré le divertissement ou le recel des effets d'une succession, être déchu du droit d'accepter cette succession sous bénéfice d'inventaire. Mais il est privé du droit de prendre part dans ces objets, tant comme héritier que comme légataire.

V. Les petits enfants venant par représentation à la succession de leur grand-père, doivent rapporter ce qu'ils ont reçu de lui.

VI. Les codébiteurs solidaires ne peuvent opposer la compensation qui s'est opérée entre le créancier et l'un d'eux, ni pour le tout ni pour partie.

VII. La caution solidaire, comme les autres cautions, peut invoquer la compensation opérée du chef du débiteur principal.

VIII. Le trésor trouvé par l'un des époux dans un fonds lui appartenant tombe dans la communauté.

IX. La caution qui a payé a un recours contre le tiers détenteur.

X. L'article 2279 dans son § 2, ne vise pas l'abus de confiance, ni l'escroquerie mais le vol seulement.

DROIT CRIMINEL

I. La réhabilitation devrait empêcher le premier crime de servir de terme à la récidive.

II. Un crime politique puni de la déportation, quand il est commis en récidive, entraîne la peine des travaux forcés à perpétuité.

III. L'appréciation de la récidive, en matière criminelle, appartient à la cour d'assises.

IV. En cas de concours de la récidive et des circonstances atténuantes, la peine doit se calculer en appliquant d'abord les circonstances atténuantes.

V. La prescription du crime de bigamie court du jour même de la célébration du mariage.

VI. L'action civile se prescrit par le même laps de temps que l'action publique.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. L'assemblée nationale réunie en congrès conformément à l'article 8 de la loi du 25 février 1875 a un pouvoir limité de révision.

II. L'énumération de traités faits par l'article 8 de la loi du 16 juillet 1875 est limitative.

III, Le sénat n'a pas le droit d'amender les lois de finance ; il ne peut que les rejeter purement et simplement.

Vu par le président de la thèse :

P. CAUWÈS.

Vu par le doyen de la Faculté :

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris :

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DU FURTUM

INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I. Des éléments constitutifs du Furtum..	12
§ I. De la contrectatio.....	13
§ II. Fraudulosa	18
§ III. Lucri faciendi gratiâ.....	22
§ IV. Rei vel etiam usûs ejus possessionisve...	23
CHAPITRE II. Des conséquences du furtum.....	28
S. I. Conséquences pénales. Action furti.....	29
§ I. A qui appartient l'action furti.....	30
§ II. Contre qui peut-on intenter l'action furti.	40
§ III. Montant de l'action furti.....	54
S. II. Conséquences civiles.....	61
§ I. De l'action en revendication.....	61
§ II. De la condictio.....	63
S. III. Conséquences du furtum relativement à la chose volée.....	72

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÉCIDIVE

INTRODUCTION.....	3
HISTORIQUE.....	17
CHAPITRE I. Eléments constitutifs de la récidive	
S. I. De la nécessité d'une première condamnation	31
S. II. De la nécessité d'une seconde infraction...	41
CHAPITRE II	
S. I. De la récidive en matière de crimes.....	45
S. II. De la récidive de crime à délit	61
S. III. De la récidive en matière de délits	65
S. IV. De la récidive en matière de contraventions	78
RÈGLES SPÉCIALES.....	
S. I. Infractions qui ne constituent pas en récidive légale.....	82
S. II. Cas dans lesquels il y a aggravation progressive à raison du nombre des récidives.....	84
S. III. Infractions dont on punit la récidive spéciale.	86
§ 1. Récidives spéciales dans le délai d'une année.....	88
§ 2. Récidive spéciale dans le délai de deux ans	92
§ 3. Récidive spéciale dans le délai de trois ans	93
§ 4. Récidive spéciale dans le délai de cinq ans	93
§ 5. Récidives spéciales sans délai déterminé.	95
APPENDICE	100

IMPRIMERIE E. PIGELET, A SANCERRE (CHER). — 5063-10092
